FEB 8 1978

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.

C. THEORET
LAW BOOKSELLER
PUBLISHER, IMPORTER
& BOOKBINDER
MONTREAL

APR 28 1956

COURS

DE

DROIT ROMAIN.

Tous droits réservés.

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie, rue Blaes, 49.

Université d'Ottawa
BIBLIOTHEQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

COURS

DE

DROIT ROMAIN

PRÉCÉDÉ D'UNE INTRODUCTION

CONTENANT

L'HISTOIRE DE LA LÉGISLATION ET DES INSTITUTIONS POLITIQUES DE ROME

PAR

CHARLES MAYNZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

CINQUIÈME ÉDITION

TOME DEUXIÈME

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie
ÉMILE BRUYLANT, SUCCESSEUR
49, rue Blaes.

PARIS
A. DURAND & PEDONE-LAURIEL
G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, rue Soufflot.

1891

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
U.d'O.
O.U.
LAW LIBRARY

KJV
147
.M39
1891
v. 2

110283

A MONSIEUR JOSEPH VAN SCHOOR,

MEMBRE DU SÉNAT,

ADMINISTRATEUR-INSPECTEUR DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES.

Témoignage de haute estime.

TABLE DES MATIÈRES.

DES OBLIGATIONS.

TITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Nature et effets des obligations.
Notions, § 169. 1
De l'effet des obligations.
Effet nécessaire. Exécution de l'obligation. Garantie, § 170. 3
Effets accidentels en cas d'inexécution.
Observations préliminaires. § 171. 6
Des causes d'inexécution. — Du dol, de la faute et du cas fortuit.
Notions, § 172 6
De la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit, § 173. . 10
Observations sur la théorie de la faute, § 174. 20
Effets de l'inexécution. — Des dommages et intérêts.
Des dommages et intérêts en général, § 175. 176. 26
Des suites de l'inexécution par rapport à l'objet de l'obligation.
Periculum et commodum, § 177 37
Des suites de l'inexécution par rapport au lieu, § 178 . . . 41
Des suites de l'inexécution par rapport au temps. De la demeure, *mora*.
Notion, § 179 43
Des effets de la demeure, § 180. 48
Des intérêts, *usuræ*.
Notion et introduction historique, § 181 53
Dans quels cas des intérêts sont dus, § 182. . . . 57
Quand l'obligation de payer les intérêts cesse, § 183. 60
Du taux de l'intérêt et des intérêts prohibés, § 184 . 62
De l'escompte, *interusurium, commodum temporis sive repræsentationis*, § 185 64
Des personnes qui interviennent dans une obligation.
Observations générales. — De l'obligation solidaire ou corréale, § 186 . . . 67
De la cession des obligations.
Notion et introduction historique, § 187. 77
Des cessions dites nécessaires, § 188 83
Conditions et effets de la cession, § 189. 87
Quelles actions on peut céder. — Restrictions. *Lex Anastasiana*, § 190 . 94

De l'objet des obligations.
Obligatio speciei. — *Obligatio generis.* — Obligation alternative, § 191. . . . 100
Des obligations divisibles et indivisibles, § 192. 105
Des moyens de droit servant à garantir les obligations.
De l'obligation naturelle, § 193. 121
Des obligations civiles ou des actions servant à faire valoir les obligations.
Actions civiles et prétoriennes. — Actions nommées; actions innommées (*condictiones, in factum actiones*); interdits, § 194. 127
Des actions ou obligations de droit strict et de bonne foi, § 195. . . . 132

TITRE DEUXIÈME.

COMMENT LES OBLIGATIONS NAISSENT.

Aperçu général, § 196 140

SECTION PREMIÈRE. — DES CONVENTIONS.

INTRODUCTION. — **Des conventions en général.**
Notion et espèces, § 197 141
Des conditions requises pour la validité des conventions.
Conditions relatives aux parties contractantes, § 198 143
Conditions relatives à l'objet de la convention, § 199 144
Du consentement.
En général, § 200 150
De l'influence de l'erreur sur la validité des conventions, § 201 . . . 152
Des vices du consentement.
Du dol et de la fraude, § 202. 161
De la violence, § 203 168
De l'effet des conventions.
A l'égard des parties contractantes.
Règles générales, § 204 172
Modifications. *Condicio, dies, modus*, § 205. 174
De l'effet des conventions à l'égard des tiers, § 206. 185
Des contrats et des pactes, § 207 191
CHAPITRE I. — **Des contrats.**
Des contrats consensuels.
De la vente, *emtio venditio.*
Notion. Actions résultant du contrat de vente, § 208 196
Conditions requises, § 209. 198
Effets du contrat de vente.
Pour l'acheteur, § 210 205
Obligations du vendeur.
En général, § 211 208
De la garantie en cas d'éviction, § 212 211
De la garantie des défauts de la chose vendue, § 213 224
De la rescision de la vente. Lésion d'outre moitié, § 214 234
Du louage, *locatio conductio.*
Notion et conditions requises. Actions, § 215 236

Du louage des choses, *locatio conductio operarum.*
Notion et effets, § 216. 23
Comment le louage des choses prend fin et de la reconduction, § 217. 243
Du louage des services, *locatio conductio rerum.*
Notions et effets, § 218 246
Comment finit le louage des services. — Des locations irrégulières, § 219. 250
Du mandat, *mandatum.*
Notion et conditions requises, § 220 252
Effets et actions, § 221. 256
De l'effet du mandat à l'égard des tiers.
En général, § 222 259
Des *actiones adjectitiæ qualitatis*, § 223 265
Comment le mandat prend fin, § 224. 270
De la société, *societas.*
Notion et conditions requises, § 225 271
Effets du contrat de société.
Entre les associés. *Actio pro socio*, § 226. 275
Des engagements des associés à l'égard des tiers, § 227 284
Des différentes manières dont finit la société, § 228 286
Des suites de la dissolution du contrat de société, § 229. 289
De la *societas omnium bonorum*, § 230 294
Du contrat emphytéotique, *contractus emphyteuticarius*, § 231 296
Des contrats réels . . . . . .
Observations préliminaires, § 232. 298
Du prêt de consommation, *mutuum.*
Notion et conditions requises, § 233. 299
Effets du prêt de consommation. — Du sénatus-consulte Macédonien, § 234 303
De la *pecunia traiectitia* et du *fenus nauticum*, § 235 308
Du prêt à usage, *commodatum.*
Notion et conditions requises, § 236. 309
Effets du prêt à usage, § 237. 311
Du dépôt, *depositum.*
Notion et conditions requises, § 238. 314
Effets du dépôt. — Dépôt nécessaire. — Dépôt irrégulier, § 239. . . 315
Du séquestre, § 240. 322
Du contrat de gage, *pignus.*
Notion et conditions requises, § 241. 324
Effets du contrat de gage, § 242. 326
Des contrats innommés.
Notion et introduction historique, § 243 330
Diverses espèces de contrats innommés, § 244. 341
Des obligations verbales, *stipulationes.*
Notion et introduction historique, § 245 346
Effet et emploi des stipulations, § 246. 352
De l'obligation littérale.
De l'ancienne *litterarum obligatio*, § 247. 363
De la *litterarum obligatio* du droit nouveau, § 248 368

CHAPITRE II. — **Des pactes.**
Des pactes joints à un contrat de bonne foi, § 249. 370
Des pactes prétoriens.
Des pactes prétoriens en général. — *Receptum arbitrii.* Pacte d'hypothèque, § 250 385
Du constitut, § 251. 386
Des pactes légitimes.
Observations générales, § 252 391
Des donations.
Introduction historique, § 253 392
Notion. Conditions requises pour la validité des donations, § 254 . . . 398
Effets de la donation, § 255 400
De quelques espèces particulières de donations, § 256 404
Appendice. Des simples pactes et de quelques conventions particulières
Des simples pactes et des moyens de leur donner efficacité civile. — Du compromis et de l'arbitrage, § 257 408
De quelques conventions accessoires ayant pour but d'assurer l'exécution d'une obligation.
De la clause pénale, *stipulatio pœnæ*, § 258. 414
Des arrhes, § 259 422
Des intercessions et spécialement du cautionnement.
Des intercessions en général, § 260 425
Du cautionnement.
Introduction historique, § 261. 427
Conditions et objet de la fidéjussion, § 262. 430
Effets de la *fidejussio*, § 263. 432
Du *constitutum debiti alieni* et du *mandatum qualificatum*, § 264 440
De l'intercession des femmes et du sénatus-consulte Velléien, § 265. 442
Des conventions aléatoires, § 266. 445

SECTION II. — DES DÉLITS.

Des délits en général, § 267 447
Du vol, *furtum*.
Introduction historique, § 268. 450
Législation de Justinien, § 269. 454
De la rapine, *vi bona rapta*, § 270 460
Du *damnum injuria datum*. *Lex Aquilia*, § 271 462
Des injures, *injuriæ*, § 272 470

SECTION III. — DE DIVERSES AUTRES CAUSES.

Des obligations qui naissent comme d'un contrat, *quasi ex contractu*, § 273. . . 473
De la gestion d'affaires et de l'*actio funeraria*. § 274 474
De l'obligation de restituer les choses reçues ou détenues sans cause.
Notions préliminaires, § 275. 480
De la *condictio causa data, causa non secuta* et de la *condictio ob turpem vel injustam causam*, § 276. 482
Des *condictiones indebiti* et *sine causa*, § 277 485
De la communauté, § 278 497

Des obligations qui naissent comme d'un délit, *quasi ex delicto*, § 279. 508
De diverses autres obligations.
De l'obligation de fournir des aliments, § 280 511
De la loi *Rhodia de iactu*, § 281. 513
Du dommage causé par notre chose, particulièrement des actions noxales, § 282. 515
Des obligations résultant de rapports de voisinage, § 283. 521
Des interdits prohibitoires, 284. 534
De l'*actio ad exhibendum* et des interdits exhibitoires, § 285 537
Des interdits restitutoires et de diverses autres actions, § 286. 540

TITRE TROISIÈME.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Aperçu général, § 287 545
Du payement, *solutio*.
Notion et conditions requises, § 288 548
Des effets du payement, § 289 552
Des offres de payement et de la consignation, § 290. 554
De la compensation.
Notion et conditions requises, § 291 555
Effets de la compensation, § 292 561
De la novation.
Notions et conditions requises, § 293. 563
Effets de la novation, § 294. 570
De la remise de la dette. — Du *contrarius consensus*. De l'acceptilation et de la stipulation Aquilienne. Des *pacta ne petatur*, § 295 573
Des transactions, § 296. 580
De la confusion, § 297 585
De la prescription et de divers autres modes d'extinction, § 298 587
Appendice. De l'exécution dans les biens d'un débiteur insolvable.
De l'ancienne *bonorum venditio*, § 299. 595
De la vente des biens du débiteur insolvable dans le droit nouveau, § 300. . 605
Des concordats et des sursis, § 301 612

EXPLICATIONS DES ABRÉVIATIONS ET SIGNES.

Arg. . . . . *Argumento*. Ce mot, suivi d'une citation, indique que la citation, sans prouver directement la proposition à laquelle elle se rapporte, peut cependant servir d'argument.

Auth. . . . . *Authentica*. *Voy*. tome I, page 371, note 29.

c. . . . . *Caput*, chapitre.
Cf. cf. . . . . *Confer*, comparez.
C. ou I. C. . . *Codex*, Code de Justinien.
C. Gr. ou Gr. C. Code de Grégorien.
C. H. ou H. C. . Code de Hermogénien.
C. I. ou I. C. . Code de Justinien,
C. Th. ou Th. C. Code de Théodose II.
D. . . . . *Digesta*, Digeste ou Pandectes.
Fr. . . . . Fragments du Digeste.
I. . . . . Institutes de Justinien.
L. . . . . Lois des divers Codes.
Nov. . . . . Novelle.
Pr. pr. . . . *Principium*. *Procemium*.
Tit. Titt. . . . *Titulus*. *Tituli*.

} *Voyez* tome I, p. 18 sqq.

v. vv. . . . . *Verbo*, au mot. *Verbis*, aux mots. Exemple : « Festus, vv. *Publica sacra*. *Curia* », c'est-à-dire, « Festus, aux mots *Publica sacra* et *Curia* ».

*. . . . . Ce signe, ajouté à un mot ou à une phrase, indique que la locution n'est pas romaine et doit son origine aux commentateurs modernes.

Quant aux signes de ponctuation employés dans les citations, le point (.) sert à séparer des chiffres appartenant à la même division, tandis que la virgule (,) indique que le chiffre suivant constitue une subdivision du chiffre qui précède. Ainsi :

Gaius, IV, 5. 7. . . Gaius, livre IV, §§ 5 et 7.
Paul, I, 7, 3. . . . Paul, livre I, titre 7, § 3.
Paul, II, 22. 23. . . Paul, livre II, titres 22 et 23.
Paul, II, 22. 23, 5. . Paul, livre II, titre 22 et titre 23, § 5.

LIVRE TROISIÈME.

DES OBLIGATIONS

TITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

NATURE ET EFFETS DES OBLIGATIONS.

§ 169. *Notions.*

L'obligation, d'après la définition que Justinien nous en donne, est un lien de droit, établi conformément au droit civil, qui nous astreint à nous acquitter de quelque chose [1]. Cette définition est au fond conforme à celle que nous avons établie ci-dessus, § 4, bien qu'à la rigueur, on puisse dire qu'il y manque un élément nécessaire; savoir, la personne envers laquelle nous devons nous acquitter. En effet, si nous analysons l'idée de l'obligation, nous y découvrons (abstraction faite de la reconnaissance et de la garantie de la loi) les trois éléments suivants : 1° une personne, appelée créancier, dont la volonté se dirige 2° vers une autre personne, débiteur, qui, en vertu de l'obligation, est tenue 3° de faire quelque chose en faveur du créancier.

Quant au premier de ces éléments, le sujet, qui est commun à tous les droits, nous n'avons guère à nous en occuper ici. C'est le deuxième et le troisième élément qui constituent l'objet et en même temps le caractère distinctif du droit d'obligation. — Dans les droits personnels, c'est l'individualité du sujet même qui forme l'objet du droit ; dans les droits réels, c'est une chose matérielle soumise à notre volonté. Ni l'une ni l'autre de ces deux catégories de droits n'exigent, outre le sujet, l'exis-

[1] Pr. I., *de obligationibus* 3, 13. « Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura ».

tence d'une autre personne déterminée. Dans les obligations, au contraire, le fait de la personne obligée est un élément constitutif du droit, et nous ne saurions concevoir une obligation sans qu'il y ait une personne déterminée qui soit tenue d'accomplir le fait dont la prestation est le véritable objet du droit [2].

Le débiteur est donc tenu de faire quelque chose en faveur du créancier. Nous prenons ici le mot faire dans le sens le plus étendu [3], qui comprend toutes les manifestations de l'activité humaine, susceptibles d'être l'objet d'un droit. Les Romains, en cherchant à analyser cette idée, ont été amenés à créer une terminologie qui n'est pas irréprochable au point de vue de la logique [4], mais qui a l'avantage d'épuiser la matière et de présenter quelque importance pratique. Ils classent les diverses manifestations de l'activité humaine en trois catégories : DARE, FACERE, PRÆSTARE [5]. Par *dare oportere*, ils entendent l'obligation qui consiste à transférer la propriété ou à constituer un *ius in re* [6]. Dès lors, le mot *facere*

[2] Nous pouvons nous dispenser d'entrer ici dans de plus longs détails, parce que nous avons déjà montré ci-dessus (t. I, §§ 1. 4. 50. 76) l'importance pratique des considérations qui se trouvent dans le texte. Il peut également paraître inutile de répéter ici l'observation que nous avons présentée au § 4 : savoir, que les obligations appartiennent à la catégorie des droits patrimoniaux. Fr. 9, § 2, D., *de statu liberis* 40, 7 : « ... Ea enim in obligatione consistere quæ *pecunia* lui præstarique possunt ».

[3] Fr. 218, D., *de verborum significationibus* 50, 16 : « Verbum FACERE, omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi ». — Fr. 175. 189, D., *eodem*, ci-après, note 7. — Le mot *facere* peut donc aussi comprendre la notion qu'on exprime par *solvere* et être synonyme de ce mot. *Voy.* ci-après, note 11 et § 170, notes 3 sqq.

[4] Les deux termes DARE et FACERE comprennent, en effet, toutes les manifestations possibles de l'activité humaine, et dès lors le terme PRÆSTARE paraît une superfétation inutile. Voyez les trois notes suivantes et Fr. 2, pr. Fr. 5, § 1, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. La LOI (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 22, lin. 31, ajoute encore à la trilogie sacramentelle le terme : RESTITUERE. *Voy.* la note suivante.

[5] Ces termes se rencontrent dans l'ordre indiqué, et comme sacramentels, dans les formules d'actions, ainsi que dans le langage des lois et de l'école. LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 22, lin. 31. « ... dare, facere, præstare restituereve oportere... » — GAIUS, IV, 2. « In personam actio est quoties cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu vel ex delicto obligatus est ; id est, cum intendimus : DARE, FACERE, PRÆSTARE OPORTERE. » LE MÊME, II, 213. III, 181. IV, 2. 5. 41 et *passim*. — Fr. 13, § 6, D., *emti* 19, 1. — Fr. 37, pr. D., *de operis libertorum* 38, 1. « ... NE QUIS EORUM OPERAS... DE QUIBUS IURAVERIT VEL PROMISERIT, OBLIGATUSVE ERIT, DARE, FACERE, PRÆSTARE DEBETO... » Ce passage est tiré de la loi Julia et Papia Poppæa. — Fr. 3, pr. D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7 et *passim*.

[6] Originairement le mot DARE ne s'appliquait qu'au transfert du *dominium ex iure Quiritium*, et par extension à la constitution d'un autre droit réel d'après le *ius civile*. Dans le droit nouveau, il comprend naturellement tout transfert de propriété et toute constitution d'un *ius in re*. PROPRIÉTÉ : GAIUS, III, 90. 91. 99. 141. IV, 4. — § 14, 1., *de actionibus*, 4, 6. — Fr. 75, § 10, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 103, D., *eodem* : « Liber homo in stipulatum deduci non potest : quia nec dari oportere intendi... potest ». — Fr. 167, pr. D., *de reg. iuris* 50, 17 : « Non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt, » et *passim*. — IURA IN RE. *Usumfructum dare, viam dare, hypothecam* ou *pignori dare*. Fr. 19, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 56, § 6. Fr. 126, § 1. Fr. 136, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 5, § 2. Fr. 11, § 2. 3. Fr. 15, pr. Fr. 16, pr. D., *de pignoribus* 20, 1. — Souvent, au reste, le mot DARE est aussi employé dans un

embrasse tout autre fait de l'homme, y compris le *non facere* [7]; mais on se sert particulièrement du mot *præstare*, quand le débiteur est tenu de fournir une chose au créancier sans la faire entrer dans son patrimoine [8], ou quand il s'agit d'une autre prestation quelconque qui ne constitue pas un fait positif [9].

« Le mot *obligatio* n'est pas un terme du vieux droit; on ne le trouve dans aucun fragment des Douze Tables, ni dans aucun vestige de la langue juridique des premiers temps : il appartient à une époque plus rapprochée. L'expression antique paraît avoir été *nexum* ou *nexus* (de *nectere*, nouer, lier) : la figure est toujours la même [10]. » Elle se trouve également dans d'autres synonymes : *obstringere*, *adstringere*, *contrahere*, ainsi que dans la locution qui exprime la cessation du rapport obligatoire, *solvere*, *solutio*. Régulièrement le lien obligatoire se dénoue par la prestation du fait dû par la personne obligée, et c'est par ce motif que le mot *solutio* s'emploie spécialement pour désigner l'exécution de l'obligation; mais, dans un sens plus large, il comprend toute opération quelconque qui a pour effet d'éteindre l'obligation [11].

§ 170. *De l'effet des obligations.* A) *Effet nécessaire. Exécution de l'obligation. — Garantie.*

Le débiteur doit exécuter l'obligation, c'est-à-dire, faire ou ne pas faire ce qu'il est obligé de faire ou de ne pas faire.

L'exécution d'une obligation peut être considérée sous trois rapports différents :

1) Quant à l'objet de la prestation. Le débiteur doit donner ou faire exactement la chose qu'il est obligé de donner ou de faire; il ne peut forcer le créancier à accepter une autre prestation ni une prestation par-

sens très-large pour désigner la simple remise d'une chose ou toute autre prestation quelconque, § 2. 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. — Fr. 4. 10, D., *de condictione causa data, causa non secuta* 12, 4. — L. 4, C., *de condictione ob causam datorum* 4, 6. *Voy.* aussi ci-après, §§ 275-277.

[7] Gaius, IV, 136. — § 7, I., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 2, pr. § 5. Fr. 4, pr. § 1. Fr. 28. 52, § 1. Fr. 67, § 1. Fr. 68. 72, pr. Fr. 75, § 1-8. Fr. 135, § 3, D., *eodem* 45, 1. — Fr. 121, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 175. 189, D., *de verb. signif.* 50. 16. « 189. *Facere* oportere, et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret ne fiat ».

[8] Fr. 15, § 1. 2. Fr. 19, § 2, D., *locati* 19, 2. *Voy.* aussi Fr. 11, § 2, D., *emti* 19, 1.

[9] Par exemple, la réparation du dommage que nous avons causé par notre dol ou par notre faute. *Voyez* ci-après, § 175. Nous trouvons même *præstare patientiam operis destruendi*, pour *souffrir la destruction d'un bâtiment*. Fr. 22, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. Il est dès lors tout naturel que le mot soit aussi employé pour désigner l'obligation de garantie. Cette circonstance nous autorise-t-elle à faire dériver *præstare* de *præs?* Cf. t. I, § 24, note 7.

[10] Nous reviendrons, ci-après, §§ 245 et 299, sur la signification propre du mot *nexus*.

[11] *Voy.* ci-après, § 288, note 1.

tielle ou incomplète [1]. A cette règle il y a deux exceptions que nous nous bornerons à mentionner ici, sauf à donner les détails aux endroits convenables : *a*) D'après une novelle de Justinien, le débiteur qui se trouve dans l'impossibilité de rembourser un capital et qui possède des immeubles, peut les donner en payement d'après une estimation à faire en justice, *in solutum dare* [2]. *b*) Certaines personnes jouissent du privilége de ne pouvoir être condamnées à l'exécution d'une obligation qu'en tant qu'elles sont à même de payer, *condemnatio in id quod facere potest debitor* [3]. Ce privilége, que les modernes appellent *beneficium competentiæ* *, est absolument personnel. Il ne profite point à la caution et ne passe même pas aux héritiers de la personne à laquelle il compète [4]. Il est accordé : au père et à la mère, aux frères et aux sœurs du créancier [5]; aux époux entre eux, et au beau-père du mari pour les obligations dotales [6]; au patron et aux enfants, ainsi qu'aux père et mère, du patron du créancier [7]; aux associés entre eux [8]; au donateur envers le donataire [9]; au débiteur insolvable de bonne foi et qui a fait cession de biens [10];

[1] *A*) Fr. 2, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. « .... Aliud pro alio invito creditore solvi non potest. » — L. 16, C., *de solutionibus* 8, 43. — *B*) Fr. 13, § 8, D., *emti* 19, 1. « Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur : et ideo, si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio.... ». — Fr. 41, § 1, D., *de usuris* 22, 1, ci-après, § 192, note 28. — Fr. 3, § 5, D., *de statu liberis* 40, 7. — Fr. 46, § 1. 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 9, C., *eodem* 8, 43. Cf. ci-après, § 192, notes 28. 29, et § 288, notes 13 sqq. Dans des cas exceptionnels, le juge peut cependant, par des motifs d'équité, contraindre le créancier à accepter un payement partiel (Fr. 21, D., *de rebus creditis* 12, 1. Cf. Fr. 4, § 6, D., *de statu liberis* 40, 7), et la L. 4, C., *de collatione fundorum patrimonialium* 11, 64, autorise les fermiers des biens de la couronne à acquitter leur prix de ferme par des à-compte, chacun d'un tiers au moins de l'annuité.

[2] *Novelle* 4, c. 3. Cf. ci-après, § 288 *in fine*. — Des mesures analogues, mais de durée passagère, se rencontrent déjà sous la république. Tite-Live, VII, 21.

[3] § 37, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 173, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. « In condemnatione personarum quæ in id, quod facere possunt, damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. »

[4] Fr. 12, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est, sed hoc heredi non esse præstandum. » — Fr. 23. 24. 25, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 63, § 1. 2, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 7, pr. D., *de exceptionibus* 44, 1.

[5] § 38, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 16 in f. Fr. 30 in f., D., *de re iudicata* 42, 1. — Arg. Fr. 63, pr. D., *pro socio* 17, 2. — Cf. ci-après, t. III, § 319.

[6] § 37, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 17. 20, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 12. 15, § 2. Fr. 16. 17, pr. D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 48, D., *de iure dotium* 23, 3. Au beau-père avec quelques restrictions. Fr. 21. 22, D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. ci-après, t. III, § 308 *in fine*.

[7] § 38, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 17, D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. ci-après, t. III, § 337.

[8] § 38, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 63, pr. D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 16. 22, § 1, D., *de re iudicata* 42.

[9] Le donateur a, de plus, le privilége de déduire d'avance toutes les autres dettes qui lui incombent. Fr. 12. 33, pr. D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 19, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. « Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto ære alieno... » — Fr. 30. 41. 49 in f. Fr. 50, D., *eodem*. — Fr. 28, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. ci-après, § 255.

[10] § 40, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 4. 6, D., *de cessione bonorum* 42, 3. — L. 3, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7, 72. — Cf. ci-après, § 299, note 41, et § 300, note 8.

enfin aux soldats [11]. Ce bénéfice n'a pas pour effet d'éteindre l'obligation, mais seulement de restreindre le droit d'en exiger l'exécution [12]. Il cesse quand le débiteur a payé sans s'en prévaloir et quand il a versé dans la mauvaise foi [13].

2) Quant au lieu où l'exécution doit se faire. Si les parties en sont convenues d'avance, il ne peut y avoir de doute. Pour le cas où le lieu n'est pas fixé d'avance, les lois contiennent diverses règles que nous exposerons plus tard [14].

3) Quant au temps de l'exécution. En général, l'exécution d'une obligation peut être demandée dès que l'obligation existe. Il y a cependant différentes exceptions que nous ferons connaître ci-après [15].

Il est à remarquer que les trois points de vue sous lesquels nous venons de considérer l'exécution d'une obligation ne sont pas toujours, dans la pratique, susceptibles d'une analyse aussi précise. Ainsi il peut se faire que le retard mis à l'exécution constitue une véritable inexécution. Il en est parfois de même de l'exécution faite dans un lieu autre que celui qui était convenu entre les parties [16].

Il se peut qu'une prestation, qui paraît parfaitement régulière au moment où elle est faite, soit en réalité incomplète et même entièrement illusoire à cause d'un vice ignoré des parties et qui se manifeste plus tard. Il est évident que, dans pareille hypothèse, il n'y a pas exécution dans le sens technique du mot et que, par suite, le débiteur demeure obligé. Dans le langage moderne, on exprime la situation créée par cet état de choses, en disant que le débiteur est tenu de garantie [17]. La teneur et l'étendue de cette obligation de garantie varient d'après la nature des rapports obligatoires et d'après les nuances que peut présenter la défectuosité de la prestation faite [18]. Nous donnerons dans le

[11] Fr. 6. 18, D., *de re iudicata* 42, 1.

[12] Fr. 63, § 4, D., *pro socio* 17, 2. – L. 8, C. *soluto matrimonio* 5, 18. — Cf. L. un. § 7, *verb.* Cautione C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. — Dans l'ancien droit, la *condemnatio in id quod facere potest* avait naturellement pour effet d'éteindre la créance même, par la raison que le droit tout entier était *in iudicium deductum;* mais, dans le droit nouveau, l'effet du bénéfice se trouve restreint à l'exécution du jugement, c'est-à-dire que la condamnation ne peut être exécutée contre le débiteur que *in quantum facere potest,* mais que le restant de la créance continue de subsister. Cf. Zimmern, *Traité des actions,* traduit par Étienne, § 141, note 2.

[13] Fr. 89, D., *de condictione indebiti* 12, 6. – Fr. 4, § 1. 2. Fr. 6, D., *quod cum eo qui in aliena potestate* 14, 5. – Fr. 63, pr. § 7, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 22, § 1. Fr. 51. 52, D., *de re iudicata* 42, 1, et *passim.*

[14] *Voy.* ci-après, § 178.

[15] *Voy.* ci-après, §§ 179 et suivants.

[16] *Voy.* ci-après, § 178, note 4, et § 179, note 18 ; 180, note 2.

[17] L'idée générale (et un peu vague) que cette locution exprime dans les langues modernes d'origine romane est étrangère au droit et au langage romains (Cf. la note suivante). Aussi est-il probable que le mot *garantie* vient de l'allemand : *gewähr.*

[18] Sous ce dernier rapport, la matière serait susceptible d'une analyse rationnelle et générale

cours de l'ouvrage les règles que le droit romain trace pour les diverses catégories d'obligations [19]. Mais il importe de constater dès à présent le principe qui exempte de l'obligation de garantie les actes à titre gratuit ayant le caractère de donation [20].

§ 171. B. *Effets accidentels en cas d'inexécution. — Observations préliminaires.*

Le droit de demander l'exécution de l'obligation fait partie du patrimoine du créancier. Si l'exécution ne se fait pas comme elle doit se faire, le créancier subit donc une perte, une diminution de son patrimoine.

Il importe de déterminer si c'est le créancier qui doit supporter ce dommage ou s'il a le droit d'exiger que le débiteur l'en indemnise. L'examen de cette question se divise en deux parties. Dans la première, nous apprécierons les causes de l'inexécution; dans la seconde, nous exposerons les effets de l'inexécution, considérée sous les trois points de vue indiqués dans le paragraphe précédent.

§ 172. *Des causes d'inexécution. Du dol, de la faute et du cas fortuit. Notions.*

L'inexécution d'une obligation peut être le résultat, soit du fait et de la volonté du débiteur, soit d'une cause qui lui est étrangère, soit enfin d'un fait du débiteur, commis sans intention de produire l'effet qui s'en est suivi. Dans le premier cas, on dit qu'il y a dol de sa part, *dolus;* dans le deuxième, il y a cas fortuit, *casus;* dans le troisième, il y a faute de la part du débiteur, *culpa.*

I. *Dolus.* Pour que le dommage provenant de l'inexécution d'une obligation puisse être attribué au dol du débiteur, il faut d'abord naturelle-

Nous pouvons, en effet, distinguer la garantie de la quantité, de la qualité matérielle et de la qualité juridique de la prestation, comme les Romains l'ont fait, au reste, dans la vente, où les deux dernières catégories sont comprises sous la dénomination : *garantie des vices rédhibitoires* et *garantie du chef d'éviction.* Mais par suite de la variété des rapports obligatoires qui peuvent servir de base à l'obligation de garantie la matière échappe à toute analyse, au moins en droit romain. Aussi nos jurisconsultes n'ont-ils pas essayé de la soumettre à des règles générales, et nous ne pouvons que suivre la marche qu'ils nous ont tracée.

[19] C'est en matière de vente que l'obligation de garantie a été traitée et développée avec le plus de soin; aussi les règles tracées pour ce contrat sont-elles fréquemment appliquées par analogie aux autres contrats. Nous en traiterons ci-après, § 210, note 1; § 211, notes 6 et suivantes; §§ 212. 213. Quant aux autres rapports obligatoires, on trouvera les règles qui les dominent aux endroits suivants : *Cession des créances*, § 189. — *Contrat de louage*, §§ 216. 218. — *Contrat de société*, § 226. — *Contrat de gage*, § 242. — *Contrat d'échange*, § 244, n° 1. — *Contrat verbal* ou *stipulation*, § 246. — *Donation*, § 255. — *Partage*, § 278 et t. III, § 405. — *Payement et in solutum datio*, t. II, § 288. — *Transaction*, t. II, § 296. — *Constitution de dot*, t. III, § 510. — *Legs et fidéicommis*, t. III, § 422 *in fine* et §§ 427. 428. 429. 431. 434.

[20] *Voy.*, ci-après, § 255

ment que l'inexécution soit la conséquence nécessaire du fait du débiteur [1]; mais il faut de plus que ce fait puisse lui être imputé comme fait nuisible, c'est-à-dire qu'il y ait eu de sa part intention de le commettre et de causer un dommage [2]. Il s'ensuit qu'il ne saurait être question de dol quand il s'agit d'une personne à laquelle on ne peut, en général, imputer une action [3]. — Le dol suppose toujours nécessairement une intention positive, celle de nuire; mais cette intention peut se manifester d'une manière positive ou négative, par un fait ou par une omission [4].

II. *Casus*. Il y a cas fortuit, force majeure, *casus, vis maior, vis divina, fatum, fatalitas* [5], quand le dommage est causé par un événement auquel le débiteur n'a concouru d'aucune manière, et qui ne peut en aucune façon lui être imputé [6].

III. *Culpa*. La faute, *culpa*, comprend tout ce qui se trouve entre le dol et le cas fortuit, c'est-à-dire, toutes les espèces dans lesquelles un dommage a été causé par un événement auquel le débiteur n'est pas étranger, sans que cependant on puisse lui attribuer une intention malveillante. Il faut, d'un côté, que le fait puisse être imputé au débiteur [7], mais, par contre, il faut qu'il n'y ait pas eu de sa part volonté de nuire [8]. Le dol et la faute exigent donc tous deux qu'un dommage ait été produit par le fait du débiteur, mais ils diffèrent entre eux en ce que le dol suppose nécessairement une intention coupable, laquelle est nécessairement exclue dans la faute. Nous avons vu que le dol, malgré l'intention positive qu'il renferme, peut se manifester d'une manière positive ou négative; de même la faute, malgré l'absence d'intention, peut se manifester par

[1] Cf. ci-après, § 175, note 11.

[2] Fr. 7, § 7, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 7, pr. D., *depositi* 16, 3. — Cf. Fr. 15, § 1, D., *de iudiciis* 5, 6.

[3] C'est pourquoi les personnes en démence sont incapables de *dolus* et même de *culpa*. Fr. 60, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 5, § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 61 in f. D., *de adm. tutorum* 26, 7. Il en est de même des *infantes* (Fr. 60 et Fr. 5, § 2, D., *cités*) et des impubères *infantiæ proximi;* mais le *pubertati proximus* est considéré comme *doli capax*. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 12, note 8, et ci-après, § 267, note 12; t. III, § 346, note 11.

[4] Fr. 13, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 8, § 9. 10. D., *mandati* 17, 1. « 9. Dolo autem facere videtur qui id, quod potest restituere, non restituit. 10. Sed et si dolo emere neglexisti... ». — Fr. 44, D., *eodem :* « Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, aut si quis non exegerit quod exigere solvere (potest) ».

[5] Fr. 3, § 1, D., *nautæ, caupones* 4, 9. — Fr. 5, § 4, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 13, § 1, D., *de pignoraticia actione* 13, 7. — Fr. 25, § 6, D., *locati* 19, 2. — Fr. 3, D., *de instructo vel instrumento legato* 33, 7. — L. 1, C., *de iure emphyteuticario* 4, 66.

[6] Fr. 5, § 4, D., *commodati* 13, 6 : « Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit, dicendum est, *nihil eorum esse imputandum ei*, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat ». — L. 6, C., *de pignoraticia actione* 4, 24. « Quæ fortuitis casibus accidunt, cum prævideri non potuerint... » — Cf. § 3, I., *de lege Aquilia* 4, 2.

[7] C'est pourquoi les personnes en démence et les impubères qui ne sont pas *pubertati proximi* sont irrespousables. Ci-dessus, note 3.

[8] Fr. 5, § 1 in f. D, *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. — Cf. les textes cités ci-dessus, note 3.

un fait ou par une omission [9]. Dans tous les cas, elle implique une négligence de la part du coupable, en ce sens qu'il n'a pas songé aux conséquences que son fait ou son omission pouvait entraîner, comme c'est le devoir de tout homme soigneux ou, comme disent les Romains, de tout *bonus paterfamilias* [10]. Le débiteur qui ne fait pas ce qu'un pareil homme ferait pour exécuter une obligation est en faute, *in culpa*. Il en est de même de celui qui fait ce qu'un pareil homme s'abstiendrait de faire.

Cette faute, *culpa* ou *negligentia*, peut acquérir une gravité particulière : 1) lorsque le débiteur néglige les soins les plus ordinaires, ne fait pas ce que tout le monde jugerait nécessaire [11]; 2) lorsque, étant chargé des affaires d'autrui, il les soigne sciemment moins bien que les siennes propres. Ce cas est considéré comme approchant de très-près du dol [12]. Quand l'une ou l'autre de ces deux circonstances aggravantes [13] accompagne la négligence du débiteur, on dit qu'il y a faute lourde, faute grave, *culpa lata*, à laquelle on oppose tous les autres cas sous la dénomination de *culpa levis*.

[9] Fr. 8, § 10, D., *mandati* 17, 1. « Sed et si dolo emere neglexisti... aut.. culpa lata ». — Fr. 1, pr. D., *de tutelæ actione* 27, 3. — L. 11, C., *mandati* 47. 35. — L. 2, C., *si tutor vel curator non gesserit* 5, 55. *Voy.* aussi tous les passages qui traitent de la *custodia*, entre autres ceux mentionnés ci-après, note 18. D'après quelques auteurs, ces deux manifestations de la faute constitueraient des espèces distinctes, produisant des effets différents. C'est une erreur : la distinction entre le fait et l'omission a une certaine importance dans le *damnum iniuria datum*, comme nous le verrons ci-après, quand nous traiterons de la loi *Aquilia*, § 271; mais elle est indifférente dans la matière dont nous nous occupons ici. Il est vrai que notre proposition paraît être contredite par le Fr. 91, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1 ; mais nous verrons plus loin que la solution de ce fragment ou tout au moins la distinction qu'il établit et le motif qu'il invoque, ne peuvent être admis. Ci-après, §174, III.

[10] Fr. 31, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 13, § 1. Fr. 14, D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 11, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 25, pr. D., *de probationibus* 22, 3. « Homo diligens... et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse ». — Fr. 32, D., *depositi* 16, 3 : « ... Ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens... ». Ces deux derniers textes s'expliquent et se complètent mutuellement. La loi, en effet, tout en nous imposant les soins d'un homme soigneux et attentif, ne va pas au delà de ce que *hominum natura desiderat*, et n'exige point des soins tout à fait exceptionnels et minutieux. Cf. Fr. 137, § 2, 3, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-après, § 174, notes 4. 9.

[11] Fr. 213, § 2, D., *de verborum signif.* 50, 16 : « Lata culpa est nimia negligentia, i. e. *non intelligere quod omnes intelligunt* ». — Fr. 223, pr. D., *eodem :* « Latæ culpæ finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt ».

[12] Fr. 32, D., *depositi* 16, 3. « Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur ; nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam præstabit ». — Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. Cf. ci-après, § 173, note 5.

[13] On a voulu trouver *culpa lata* encore dans d'autres hypothèses; mais les textes que l'on a cités à cet effet ne sont pas concluants. Le Fr. 7, § 7, D., *de dolo malo* 4, 3, traite d'un cas tombant sous l'application de la loi *Aquilia* et n'a, par suite, aucune importance pour notre question (ci-après, note 22), et le cas du Fr. 8, § 10, D., *mandati* 17, 1, rentre évidemment dans l'hypothèse de la note précedente.

Observation 1. Dans l'exposé qui précède, nous avons suivi la terminologie aujourd'hui généralement reçue. Cette terminologie est conforme aux sources; mais on ne trouvera pas étonnant que les Romains, qui se servent de leur idiome vulgaire, emploient un langage plus libre et varié et, en apparence, moins précis. Ainsi l'idée que nous exprimons par le terme technique *culpa lata* est rendue chez eux par plusieurs termes analogues : *culpa lata, latior, gravior, magna; negligentia lata, magna, nimia, dissoluta* [14]. Par contre, l'épithète *levis* est peu usitée et ne se rencontre que six fois dans nos sources [15]. Au point de vue pratique, il est en effet inutile d'ajouter cette qualification, à moins qu'il ne s'agisse de faire ressortir l'antithèse et de faire remarquer qu'il n'y a point, dans l'espèce, de circonstances aggravantes [16]. En disant qu'une partie répond de sa faute, nous la rendons évidemment responsable de toute faute. *Culpa* tout court dit donc autant que *omnis culpa*, et comprend naturellement la faute légère, *culpa levis*. — Les termes *culpa, negligentia, desidia, imprudentia, ignavia*, etc., sont synonymes et s'emploient en opposition au mot *diligentia*, qui sert à désigner par excellence les soins d'un *bonus paterfamilias* [17]. Dans une application particulière, la *diligentia* s'appelle *custodia*, c'est lorsque les soins que le débiteur doit apporter dans l'exécution de son obligation consistent à garder et à conserver une chose, particulièrement afin d'empêcher que la chose ne subisse des détériorations ou ne soit volée ou usurpée par un autre [18]. Aussi celui qui est tenu de *custodia* est présumé être en faute si la chose qu'il doit conserver est volée. Cette

[14] Fr. 32, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 8, § 10. Fr. 29, pr. D., *mandati* 17, 1. – Fr. 54, § 2, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. – Fr. 1, § 5 in f., D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 6 in f., D., *de administr. rerum ad civitates pertinentium* 50, 8. – Fr. 213, § 2. Fr. 223, pr. Fr. 226, D., *de verborum signif.* 50, 16. — Cf. ci-après, § 173, note 5.

[15] Fr. 39, § 6, D., *de administr. tutorum* 26, 7. – Fr. 47, § 5, D., *de legatis I* (30). – Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 54, § 2, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. – L. 20, C., *de negotiis gestis* 2, 19. – L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51.

[16] Exemples : Fr. 22, § 3, *ad Sc. Trebellianum* 36, 1 : « ... Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huius modi rei rationem reddit ». – L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51, et *passim*.

[17] C'est surtout quand il est ajouté à *culpa* ou accompagné d'une épithète, comme *exacta, exactissima*, que le mot *diligentia* désigne le plus haut degré de soins que la loi exige, savoir, ceux d'un *bonus paterfamilias*. *Voy.* ci-après, § 174, note 17.

[18] § 5, I., *de locatione* 3, 24. – Fr. 5, § 22 in f. D., *ut in possess. legat. servandorum causa eatur* 36, 4. « Custodire res.... ut neque auferantur neque depereant deterioresve fiant ». – Fr. 11, D., *de periculo* 18, 6. « Si vendita insula combusta esset... » – Fr. 11, § 2, D., *locati* 19, 2. « Item prospicere debet conductor ne aliquo vel *ius rei* vel *corpus* deterius faciat vel fieri patiatur ». Cf. ci-après, § 216, note 33. – Fr. 1, § 7. Fr. 2, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. « ... usucapionem interpellare... » – Fr. 5, § 5. 6, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 35, § 4, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 1, § 1. Fr. 3, D., *de periculo* 18, 6. – Fr. 18, § 9, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 1, § 4, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Il est, au reste, à remarquer que le mot *custodia* n'a pas toujours cette signification technique. Parfois, en effet, il est employé dans un sens vulgaire et exprime l'idée d'une surveillance ordinaire qui n'exige point les soins d'un bon

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U.H.O.
D.U.
LAW LIBRARY

présomption peut cependant être anéantie par la preuve du contraire, laquelle preuve est même inutile quand le vol a été commis avec violence [19]. La même présomption s'applique au dommage causé par incendie [20].

Observation 2. Nous n'envisageons ici le dol, la faute et le cas fortuit que comme causes d'un dommage qui résulte de l'inexécution d'une obligation; mais les mêmes éléments peuvent aussi être considérés comme causes d'un dommage que nous éprouvons sans qu'il y ait obligation préexistante de la part de qui que ce soit. Sous ce rapport, il est évident que personne ne peut être responsable du dommage qui nous survient par cas fortuit, mais la perte que nous éprouvons par le dol ou par la faute d'un autre doit nécessairement être réparée par ce dernier. Ce principe d'équité naturelle fut consacré à Rome par la loi *Aquilia;* c'est pourquoi les commentateurs ont l'habitude de donner le nom de *culpa Aquiliana* * à la faute envisagée comme cause originaire d'une obligation. Les considérations émises dans le paragraphe précédent relativement à la nature du dol et de la faute s'appliquent également aux espèces qui tombent sous l'application de la loi *Aquilia* [21]; seulement les divisions que nous avons mentionnées sont sans aucune utilité pratique dans cette matière, par la raison que la faute la plus légère nous rend passibles des peines comminées par cette loi : *In lege Aquilia et levissima culpa venit* [22].

§ 173. *De la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit.*

La justice exige impérieusement que le débiteur dont le dol a rendu impossible l'exécution de l'obligation qui lui incombait, réponde du dommage qui en résulte. Par contre, il paraît également juste de ne le rendre point responsable de l'inexécution occasionnée par cas fortuit, c'est-à-dire par un événement auquel il est entièrement étranger et qui ne peut, en

père de famille. *Voy.* ci-après, § 239. Par contre, dans d'autres cas, la *custodia* peut impliquer, en vertu de conventions avenues entre parties ou par suite de la nature particulière des choses à garder, une responsabilité tout exceptionnelle. § 3, I., *de emtione et venditione* 3, 23. Cf. Fr. 21, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 55, pr. D., *locati* 19, 2. *Voy.* ci-après, § 211, note 3.

[19] Fr. 1, § 8. Fr. 2. 5, D., *nautæ, caupones* 4, 9. Cf. Fr. 1, § 4, D., *furti adversus nautas* 47, 5. — * Fr. 36, § 1, *verb.* Sed et qui D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. Fr. 21, pr. D., *eodem.* — Fr. 10, § 1, D., *commodati* 13, 6. — * Fr. 52, § 3, D., *pro socio* 17, 2. — * Fr. 35, § 4, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — * Fr. 31, pr. D., *emti* 19, 1. — Fr. 11. 12, pr. Fr. 14, § 6. 10. 12. 17. Fr. 80, pr. § 2, D., *de furtis* 47, 2. — * L. 1. 4, C., *de locato* 4, 65. — Cf. * Fr. 19, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 35 in f. D., *depositi* 16, 3. — * Fr. 2, § 1. Fr. 11 in f. D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 41, D., *locati* 19, 2. — * Fr. 23 in f. D., *de reg. iuris* 50, 17.

[20] Fr. 11, D., *de periculo* 18, 6. Cf. Fr. 3, § 1, D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15. — Fr. 27, § 9, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 1, D., *locati* 19, 2.

[21] Le terme *culpa Aquiliana* est donc peu logique et tout au moins parfaitement inutile.

[22] Fr. 44, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. *Voy.*, sur cette matière, ci-après, § 271.

aucune façon, lui être imputé. La question est moins aisée quand l'inexécution provient de la faute du débiteur. D'une part, en effet, le fait qui a causé le dommage est imputable au débiteur; mais, d'autre part, il peut souvent paraître dur de lui en imposer la responsabilité, alors qu'il n'a point eu l'intention d'amener les conséquences fâcheuses que sa faute a produites et qu'il ne les avait même pas prévues. Dans ces cas, il faut nécessairement tenir compte des circonstances. C'est ce que fit la jurisprudence romaine, en posant, après quelques hésitations, un principe dont l'équité est évidente et d'après lequel nous sommes tenus de toutes fautes, même des fautes légères, quand nous retirons ou attendons un avantage du rapport obligatoire dont il s'agit, tandis que nous ne répondons que des fautes graves quand nous n'y avons aucun intérêt [1].

Ce sont ces considérations qui servent de base à la théorie romaine sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit, telle qu'elle se trouve dans la législation de Justinien [2].

Dolus. Tout le monde est toujours tenu des suites de son dol : cette règle est absolue [3].

[1] Ce principe se trouve énoncé dans plus d'un endroit de nos sources et notamment dans les textes suivants : Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6 : « Nunc videndum est quid veniat in commodati actione : utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam præstamus. Dolum in deposito; nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum præstet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa præstatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur : et ideo verior est Qu. Mucii sententia existimantis, et culpam præstandam et diligentiam ». — Fr. 108, § 12, D., *de legatis I* (30) : « ... Sicuti in contractibus fidei bonæ servatur; ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur ». — *Collatio legum Mosaicarum*, X, 2, 1. 2. 3. — Théophile, ad § 13. I., *de oblig. ex delicto* 4. 1. Cf. Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17, ci-après, § 174, note 17.

[2] Nous trouvons encore, dans la compilation de cet empereur, quelques traces des hésitations et controverses qui ont dû précéder l'établissement des règles certaines et précises qui nous sont données dans les textes cités à la note précédente. *Voy.*, entre autres, § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14; § 9, I., *de societate* 3, 26; Gaius, Fr. 18, pr. in f. D., *commodati* 13, 6, et ci-après, § 226, note 11 et § 242, notes 5, 6. — Fr. 91, pr. D., *de verborum obl.* 45, 1, et ci-après, § 174, III. — Les textes cités à la note précédente, en énumérant les divers contrats auxquels le principe énoncé doit s'appliquer, ne mentionnent ni le contrat verbal, dit *stipulatio*, ni les contrats innommés, et deux de ces textes semblent restreindre le principe aux seuls contrats de bonne foi? S'ensuit-il que les règles sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit ne dominent point ces trois catégories de contrats? Nous nous occuperons de cette question dans l'Observation 2 ajoutée au présent paragraphe.

[3] Même quand l'obligation dans laquelle nous figurons est, de notre part, un acte de pure libéralité. Fr. 18, § 3, D., *de donationibus* 39, 5. « Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere; plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit ». — Fr. 62, in f. D., *de Edil. edicto* 21, 1. — Fr. 72, § 3, D., *de condic. et demonstrat.* 35, 1. — Aucune faute de la partie adverse ne peut libérer le débiteur de la responsabilité du dol (Fr. 45, § 1, D., *emti* 19, 1),

Culpa. Nous avons à distinguer entre *culpa lata* et *culpa levis*.

A.) *Culpa lata*. Tout le monde répond des conséquences de sa faute lourde [4]. Relativement à la responsabilité qui en résulte, la *culpa lata* est donc placée sur la même ligne que le dol. C'est pourquoi, dans nos sources, ces deux termes sont souvent confondus, quand il s'agit de l'obligation de réparer le dommage résultant de l'inexécution d'une obligation [5].

B) *Culpa levis*. Nous sommes responsables même de notre faute légère toutes les fois que nous retirons un avantage du rapport obligatoire dont il s'agit [6]. En appliquant ces principes aux divers cas qui peuvent se présenter, nous arrivons aux règles suivantes :

1) Si le débiteur ne doit obtenir aucun profit de l'obligation, il n'est tenu que de *culpa lata* [7].

Exception : Celui qui gère les affaires d'autrui est responsable de toute faute, aussi bien dans le cas où il en a été chargé que lorsqu'il le fait de son propre mouvement [8]. Il serait difficile de donner une raison tout à fait décisive de cette rigueur; le motif en est probablement que ces relations supposent et exigent une confiance illimitée [9]. Le même motif existerait pour les tuteurs et curateurs; cependant comme leurs fonctions constituent une charge publique qui ne peut être refusée, la loi, tout en leur imposant les soins d'un bon père de famille, se montre indulgente, en leur permettant de se soustraire à la responsabilité qui résulterait d'une faute légère si, dans le cas dont il peut s'agir, ils ont au moins montré la diligence qu'ils ont l'habitude d'apporter dans la gestion de

et la convention par laquelle le débiteur serait d'avance affranchi de cette responsabilité est nulle. Ci-après, note 22.

[4] Fr. 32, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 8, § 3, D., *de precario* 43, 26.

[5] Fr. 1, § 1, D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6. « Lata culpa dolo comparabitur ». — Fr. 32, D., *depositi* 16, 3. « ... latiorem culpam dolum esse ». — Fr. 29, pr. D., *mandati* 17, 1. « Dissoluta negligentia prope dolum est ». — Fr. 7, § 1, D., *de suspectis tutor.* 26, 10 : « Lata negligentia... prope fraudem accedit ».— Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. « Culpæ... quæ dolo proxima est ». — Fr. 5, § 15, D., *ut in possess. legat.* 36, 4 : « Dolum accipere debemus et culpam latam ». — Fr. 8, § 3, D., *de precario* 43, 26 : « Culpa dolo proxima ». — Fr. 1, § 5, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7 : « Magnam negligentiam placuit in doli crimen cadere ». — Fr. 1, § 2, D., *si is qui testamento liber esse iussus erit* 47, 4 : « Culpa dolo proxima dolum repræsentat ». — Fr. 226, D., *de verb. signif.* 50, 16 : « ... Magna culpa dolus est ».

[6] *Collatio leg. Mos.* X, 2, 1. 2. — § 4, 1., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 15.—Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6, ci-dessus, note 1.—Fr. 13, § 1. Fr. 14, D., *de pignorat. actione* 13, 7.— Fr. 11, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 108, § 12, D., *de legatis I* (30), ci-dessus, note 1. — Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17, ci-après, § 174, note 17.

[7] Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 17, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Exemples : Le prêteur dans le commodat, le dépositaire, le donateur, l'héritier chargé d'un legs dans les cas où l'hérédité ne lui donne aucun émolument. *Voy.* ci-après, § 237, B; § 239, A, n° 3 ; § 255, note 6 ; t. III, § 422.

[8] Exemples : le mandataire, § 221, A, n° 3 ; *le negotiorum gestor*, ci-après, note 24, et § 274, A; les tuteurs et les curateurs, t. III, § 347, notes 4 et 5 ; § 356, note 29.

[9] Cic., *pro Roscio Amerino*, 38. 39, et ci-après, § 221, note 10.

leurs propres affaires, *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solent* [10].

2) Si le débiteur retire un avantage de l'obligation, il est responsable de toute faute, *omnis culpa, culpa levis* [11].

Exception : Celui qui obtient l'usage d'une chose à titre précaire, *precario*, n'est tenu que de *culpa lata*. Nous en indiquerons la raison ci-après [12].

3) Si les deux parties profitent de l'obligation, elles sont tenues, l'une et l'autre, de toute faute, *omnis culpa, culpa levis* [13]. Sauf une exception toute positive en faveur des géomètres, *agrimensores* [14], cette règle est absolue. Cependant le mari, dans l'administration de la dot, et l'associé, ainsi que le simple communiste, dans l'administration des affaires sociales ou communes, jouissent du même avantage que les tuteurs et curateurs, c'est-à-dire que, tout en étant tenus des soins d'un bon père de famille, ils peuvent cependant se soustraire à la responsabilité qu'entraînerait pour eux une faute légère dont ils se seraient rendus coupables, s'ils prouvent que, dans l'espèce, ils ont au moins employé les soins qu'ils ont l'habitude d'apporter dans la gestion de leurs propres affaires, *diligentia qualem in suis rebus adhibere solent* [15]. La raison en est que, le mari et l'associé étant personnellement intéressés dans l'administration de la dot et de la société, une mauvaise gestion de leur part doit faire supposer qu'ils sont incapables de mieux administrer [16]. Il a donc paru équitable de ne pas leur imposer une charge au-dessus de leurs forces,

[10] *Voy.* ci-après, § 174, notes 11-17, et t. III, § 347, note 5.

[11] Exemples : le mandant, le commodataire, le déposant, l'usufruitier. *Voy.* ci-après, § 221, B, n° 4 ; § 237, A, n° 2 ; § 239, B, n° 2, et ci-dessus, t. Ier, § 127, note 3.

[12] *Voy.* ci-après, § 244, n° 3.

[13] Exemples dans les contrats de vente, de louage, de société, d'emphytéose, de gage, dans les contrats innomés, dans la communauté, dans les relations dotales, dans les legs et fidéicommis quand la succession donne un émolument à l'héritier. *Voy.* ci-après, § 210, note 6, et 211, note 3 ; § 216, notes 17. 36, et § 218, notes 9. 20 ; § 220, n° 3 ; § 231 *in fine* ; §§ 242. 243 ; § 278 ; t. III, § 310 et § 313, notes 2. 3 ; §§ 422 sq.

[14] *Voy.* ci-après, § 218, note 3 et § 286, note 17.

[15] Fr. 17, pr. D., *de iure dotium* 23, 3 : « In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit : sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet ». — Fr. 18, § 1. Fr. 24, § 5, D., *soluto matrim.* 24, 3. Cf. ci-après, t. III, § 313, note 3. — Fr. 72, D., *pro socio* 17, 2 : « Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, i. e. desidiæ atque negligentiæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet, quia, qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet ». Ce passage de Gaius est reproduit dans le § 9, I., *de societate*, 3, 25. Cf. ci-après, § 226, n° 3. — Fr. 25, § 16, D., *familiæ erciscundæ*, 10, 2. « ... Talem igitur diligentiam præstare debet coheres qualem in suis rebus ». Cf. ci-après, § 278, note 29, et t. III, § 405, notes 33 sqq. — *Voy.*, en général, sur le tempérament de la *diligentia qualem suis rebus adhibere solet debitor*, ci-après, § 174, notes 11-17.

[16] Qu'on n'objecte point que souvent un associé, en gérant très-mal les affaires de la société, fait fort bien les siennes propres ; car cette manière d'agir rentrerait dans la catégorie du dol.

d'autant plus que l'autre partie intéressée doit s'imputer à elle-même de n'avoir pas fait un meilleur choix [17].

Casus. Personne n'est responsable de l'inexécution qui est causée par force majeure ; particulièrement le débiteur n'est point tenu de réparer le dommage qui en résulte pour le créancier [18]. Cette règle s'applique aussi bien aux obligations dans lesquelles les deux parties se doivent des prestations réciproques, qu'aux cas dans lesquels une seule partie est engagée. En conséquence, dans une obligation bilatérale, si l'une des personnes obligées est mise par force majeure dans l'impossibilité d'accomplir le fait qui lui incombe, elle se trouvera affranchie de toute responsabilité, sans, pour cela, être privée du droit d'exiger la prestation qui lui est due par la partie adverse en vertu du même rapport obligatoire [19]. — Dans certains cas, le débiteur paraît être tenu du dommage survenu par cas fortuit; savoir, lorsque ce cas fortuit a eu lieu par suite d'une faute ou d'un dol précédent de la part du débiteur. On a l'habitude de désigner ces cas par le terme *casus culpa* (ou *dolo*) *determinatus*. Il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre que ce n'est point une exception aux principes. Ce qui rend, dans ce cas, le débiteur responsable, c'est le dol ou la faute qui a provoqué et déterminé l'accident [20]

Les règles sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit que

[17] Cette considération est indiquée dans le Fr. 72, D., *pro socio* 17, 2, et dans le § 9, I., *de societate* 2, 25 (note 15), comme le seul motif de l'exception que nous venons de signaler; mais il est évident que c'est à tort. Car, d'une part, le même argument s'appliquerait à beaucoup d'autres contrats, notamment au louage et au prêt; d'autre part, il ne souffrirait point application à la simple communauté, qui peut se former sans que la volonté des communistes y ait concouru. *Voy.* ci-après, § 278.

[18] Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17 : « .... Casus a nullo præstantur ». — Fr. 18, § 5, D., *de dolo malo* 4, 3. – Fr. 9, § 3. 4, D., *locati* 19, 2: « ... Si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non præstabit periculum locator; si vero culpa locatoris..., tenebitur ». — Fr. 2, § 7, D., *de administratione rerum ad civitates pertinentium* 50, 8 : « ... Quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.... hoc nomine nihil præstare debet ». – Fr. 23. 37. Fr. 83, § 5, D., *de verborum obligationibus* 45, 1, et *passim*. Cf. ci-après, § 177, notes 1 sqq. et § 179, note 4.

[19] L'application la plus frappante de cette règle se trouve dans le contrat de vente : § 3, I., *de emt. et vendit.* 3, 23. Cf. ci-après, § 177, notes 4 et 5.

[20] Fr. 5, § 7, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 18, pr. D., *eodem*. « In rebus commodatis talis diligentia præstanda est qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit : veluti mortes servorum, quæ sine culpa et dolo eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus si in hoc commodata sit alicui res ut eam rem peregre secum ferat : alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cœnam invitaturum se diceret et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum præstare debet.... ». – Fr. 11, § 1, D., *locati* 19, 2 : « Si hoc in locatione convenit, IGNEM NE HABETO, et habuit, tenebitur, etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere ». – Fr. 36, § 1 in f., D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 1, § 4, D., *de obligat. et act.* 44, 7. – *Voy.* auss ci-après, § 271, notes 17-28.

nous venons d'exposer peuvent être modifiées par conventions particulières entre les parties. Ainsi, d'une part, les parties peuvent diminuer la responsabilité du débiteur, même le dispenser de toute responsabilité du chef de ses fautes [21]; mais il n'est point permis de stipuler qu'on ne sera pas tenu de son dol, *ne dolus præstetur,* pareille convention étant contraire aux bonnes mœurs [22]. Rien n'empêche cependant que le créancier renonce à exiger réparation des conséquences d'un dol déjà commis [23]. D'autre part, on peut imposer au débiteur la responsabilité de la faute légère, et même du cas fortuit, dans des cas où, d'après les règles générales, il n'en serait point tenu. Pareille intention peut même résulter tacitement des circonstances. Ainsi celui qui s'offre spontanément pour assumer une obligation s'impose par cela seul les soins d'un bon père de famille [24]; et le fait de recevoir, à charge de restitution, une chose dont les parties fixent la valeur pécuniaire au moment de la remise, *æstimatio,* peut impliquer de la part de l'acceptant l'obligation de supporter les risques et périls résultant de force majeure [25].

[21] Fr. 23, D., *de reg. iur.* 50, 17. — Fr. 27, § 29 in f. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 5, § 2, *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 6. 10. 35, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 72, § 3, D., *de condicionibus et demonstrat.* 35, 1.

[22] La règle qu'on ne peut convenir *ne dolus præstetur* est exprimée de la manière la plus explicite dans plusieurs passages de nos lois. Fr. 23, D., *de reg. iur.* 50, 17. « Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam... Sed hæc ita nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur quod initio convenit : legem enim contractus dedit. Excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus præstetur : hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est, et ita utimur ». — Fr. 27. § 4, D., *de pactis* 2, 14, à la note suivante. — Fr. 17, pr. D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 7, D., *depositi* 16, 3. « Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si convenerit : nam hæc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est ». — Fr. 6, § 9, D., *emti* 19, 1. — Cependant le contraire semble résulter des deux passages suivants : Fr. 7, § 15, D., *de pactis*, 2, 14. « Sed et si quis paciscatur, NE DEPOSITI AGAT, secundum Pomponium valet pactum ». — Fr. 27, § 3, D., *eodem.* « Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur, quamvis si quis paciscatur, NE DEPOSITI AGAT, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. Quod pactum proderit ». Ces deux fragments font certes naître quelque difficulté, car de l'ensemble du texte, il résulte d'une manière trop évidente qu'il s'y agit d'un dol futur (*voy.* la note suivante). Toutefois ils peuvent être conciliés avec la règle générale de la manière suivante : si la convention *ne depositi agatur* n'avait pas eu lieu, le déposant pourrait intenter l'action du dépôt en restitution de la chose déposée, et cette action aurait pour effet de faire condamner le dépositaire, *à moins qu'il ne prouvât* que la chose a péri sans que la perte lui soit imputable. En convenant *ne depositi agatur,* le déposant renonce aux effets *naturels* de cette action, et de cette manière, il peut arriver que *de fait* le dol du dépositaire reste impuni. Mais si le déposant prétend qu'il y a dol de la part du dépositaire, et s'il se charge *de le prouver,* son action sera admise. L'effet du pacte est donc d'affranchir le dépositaire, non pas de la *responsabilité* du dol, mais de la *preuve* que la chose a péri par force majeure ou par suite d'une faute dont il n'est pas responsable. Cf. Fr. 27, § 29 in f., D., *ad legem Aquiliam* 29, 2. « ..... Quæ res (i. e. quod pactum) ex locato tollit *actionem* », et ci-après, notes 26 et suivantes.

[23] Fr. 27, § 4, D., *de pactis* 2, 14. « Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda : veluti, si paciscar, ne furti agam, vel iniuriarum, si feceris. Expedit enim timere furti vel iniuriarum pœnam. *Sed post admissa hæc, pacisci possumus* ». — L. 34, C., *de transact.* 2, 14.

[24] Fr. 1, § 35, D., *depositi* 16, 3. Cf. PAUL, I, 4, 1. — L. 20, C., *de negotiis gestis* 2, 19.

[25] On dit parfois que l'estimation implique toujours la responsabilité des risques et périls

Avant de terminer, un mot sur la preuve. Il est évident que le débiteur qui veut se prévaloir de la force majeure qui, d'après lui, aurait occasionné l'impossibilité d'exécuter son obligation, doit prouver le cas fortuit qui a amené ce résultat. Faute de fournir cette preuve, il demeure obligé [26]. Cependant, quand il n'est tenu que de *culpa lata* ou quand il jouit du tempérament de la *diligentia qualem suis rebus adhibere solet,* il est admis à prouver que la négligence dont il s'est rendu coupable n'est pas de nature à entraîner sa responsabilité dans l'espèce [27], comme, d'autre part, le créancier peut naturellement combattre cette prétention [28]. Dans la plupart des cas, au reste, la thèse à établir résultera des faits constants ou d'une présomption légale, sans que les parties aient besoin d'en fournir la preuve [29].

Observation 1. Dans le paragraphe qui précède, nous avons traité de l'inexécution causée par un dol ou par une faute, commis après la création de l'obligation. Mais il se peut aussi que l'inexécution ait sa cause dans un dol ou dans une faute dont le débiteur s'est rendu coupable au moment même ou l'obligation a été créée ou antérieurement. Supposons que je vous aie vendu la chose d'autrui et que le propriétaire refuse de me céder la chose [30]. Par suite de ce refus, je me trouve dans l'impossi-

résultant de force majeure. C'est une erreur. Pareille aggravation de la situation du débiteur ne se présume que dans les cas où l'estimation n'admet point d'autre interprétation. Cela se rencontre dans le commodat, dans le louage et dans le dépôt. Fr. 5, § 3, D., *commodati* 13, 6. « Et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum præcepit ». — Fr. 3, D., *locati* 19, 2. « Cum fundus locetur et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus : sicuti fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur ». — Fr. 54, § 2, D., *eodem.* — Fr. 52, pr. D., *de donat inter virum et uxorem* 24, 1. Cf. ci-après, § 216, n° 4 ; § 237, n° 2 ; § 239, n° 3. Il n'en est pas de même quand l'estimation peut recevoir une autre interprétation, comme dans le Fr. 52, § 3, D., *pro socio* 17, 2, où l'évaluation du bétail s'explique tout naturellement par la nécessité de constater le bénéfice social qui est représenté par la différence entre la valeur originaire des bestiaux et la valeur supérieure qu'ils doivent acquérir par l'engraissement. Cf. ci-après, § 225, n° 3. — Des règles particulières sont établies pour les choses données en dot avec estimation. *Voy.* ci-après, t. III, § 313, notes 7 sqq

[26] Fr. 1, § 16, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 9, § 4, D., *locati* 19, 2. — L. 5, C., *de pignoraticio actione* 4, 24. « Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur : sed si culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest, condemnari debet ». Pour l'intelligence des mots *creditor* et *debitor,* dans ce texte, il faut tenir compte de l'observation produite ci-après, § 241, vers la fin. — Cf. Fr. 11, D., *de probationibus* 22, 3. — Fr. 1, § 13, D., *de magistratibus conveniendis* 27, 8. — Fr. 37. 51, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 23 in f. D., *de regulis iuris* 50, 17, ci-après, § 174, note 17.

[27] Fr. 32, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.

[28] Fr. 18, § 3, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 13, § 1. Fr. 57, D., *de administr. tutorum* 26, 7. — C'est à cette hypothèse que se rapporte le Fr. 18, § 1, D., *de probationibus* 22, 3, si toutefois il n'appartient pas à un tout autre ordre d'idées, comme les L. 4, C., *de edendo* 2, 1 et L. 6, C., *de dolo malo* 2, 21.

[29] Cf. ci-dessus, § 172, notes 19. 20, et ci-après, § 180, note 6 ; § 204, notes 6-8.

[30] D'autres exemples : Vente d'une hérédité que le vendeur sait ne pas lui appartenir ou croit être sienne par suite d'une erreur inexcusable. Fr. 8. 9, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Vente d'une chose hors du commerce dont le vendeur connaissait la qualité ou aurait pu connaître s'il

bilité d'exécuter l'obligation qui m'incombe en vertu du contrat de vente. Cette impossibilité ne provient, à la vérité, ni d'un fait ni d'une omission qui puisse m'être imputée depuis le moment où j'ai contracté l'obligation; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle a sa source dans une imprudence dont je me suis rendu coupable en m'engageant à vous livrer une chose que je n'avais pas en mon pouvoir et dont je n'étais pas certain de pouvoir disposer au moment où je serais tenu de la livrer. Aussi serai-je responsable de l'inexécution, comme dans les cas de *casus culpa* ou *dolo determinatus*, et l'acheteur pourra se servir de l'action du contrat pour obtenir *id quod sua interest* [31]. Et cette solution est de toute équité; car l'homme qui, par un engagement qu'il contracte lui-même, veut enchaîner la liberté d'un autre, doit apporter dans un acte aussi grave tous les soins d'un bon père de famille. Toutefois il paraît équitable d'admettre, dans les cas qui le comportent, le tempérament de la *diligentia qualem suis rebus adhibere solet*.

Observation 2. En exposant les règles du droit romain sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit, nous avons été amené à poser la question de savoir si le principe qui domine ces règles s'applique aux contrats innommés, au contrat verbal dit *stipulatio* et aux contrats de droit strict, question qui se présentait tout naturellement par suite du silence des textes à l'égard de ces contrats [32] et que nous allons chercher à résoudre ici. 1°) En ce qui concerne les contrats innommés, le silence des textes s'explique par la circonstance que les Romains n'avaient pas de terme technique pour désigner cette catégorie de contrats [33]. Il est d'ailleurs incontestable que les règles générales y sont applicables [34]. — 2°) La question est plus épineuse en ce qui concerne le contrat verbal, dit *stipulatio*. Le silence de nos sources s'explique par la considération que la stipulation ne constitue pas un rapport obligatoire, mais est tout simplement une forme civile employée pour donner un caractère obligatoire déterminé à des rapports existants ou à créer [35]. Comme ces rapports peuvent varier à l'infini, il est naturellement impossible de

avait pris les informations nécessaires. Ci-après, § 199, Observation 1. — Vente nulle pour cause d'erreur essentielle, quand l'erreur du vendeur provient de sa négligence ou quand l'erreur de l'acheteur est causée par le dol du vendeur. Ci-après, § 201. — Vente conclue en suite d'une lettre missive, si une erreur ou un mensonge commis dans la lettre est de nature à faire naître dans l'esprit du destinataire une erreur préjudiciable.

[31] *Voy.* ci-après, § 199, Observation 2.

[32] *Voy.* ci-dessus, note 2.

[33] Le Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17, mentionne, à la vérité, le *precarium* qui, dans le droit nouveau, constitue un contrat innommé. *Voy.* ci-après, § 244, n° 3.

[34] Fr. 1, § 9. 10, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 17, § 1. 2. 3. 4, D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et ci-après, §§ 243. 244.

[35] La stipulation était employée pour donner force civilement obligatoire à des obligations purement naturelles et en général à des conventions non consacrées par le *ius civile*. Elle

tracer une règle générale pour la stipulation. Mais comment faut-il juger, au point de vue de la responsabilité du débiteur, les obligations revêtues de la forme de la *stipulatio?* Le procédé rationnel serait évidemment de les apprécier suivant la nature du rapport obligatoire qui sert ou a servi de cause à la stipulation, et nous pensons que cette solution doit être admise dans la législation de Justinien [36]. Mais elle n'a pu se produire que bien tard [37]. Tant qu'on ne faisait usage des stipulations qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet une somme d'argent, *pecunia certa,* l'hypothèse la plus intéressante de responsabilité, la perte ou la détérioration de la chose due [38], ne pouvait se présenter, par la raison qu'une somme d'argent due ne peut ni périr ni être détériorée. Quand on eut étendu l'emploi de la stipulation à d'autres *res certæ*, de manière qu'une *species*, c'est-à-dire une chose individuellement déterminée, pût devenir l'objet d'une *condictio certi*, il eût été certes, désirable de déterminer la responsabilité du débiteur; mais l'application des règles sur la presta-

servait également à transformer une obligation civile déjà existante, auquel cas elle opérait novation. On pouvait aussi la cumuler avec une obligation civile de manière à absorber celle-ci (comme dans le prêt d'argent) ou à la laisser subsister, comme dans la vente, la société, la constitution de dot, etc. Enfin la stipulation était le seul mode de faire une donation par promesse civilement obligatoire. Nous nous bornons ici à mentionner ces hypothèses qui suffisent pour notre démonstration, sauf à donner d'autres détails, ci-après, § 246.

[36] Pour bien saisir ce qui va suivre, il faut tenir compte de ce que nous dirons ci-après, §§ 194 sq. et §§ 245. 246, sur le développement historique des *condictiones* et du contrat verbal.

[37] M. Bethmann-Hollweg, dans une savante dissertation qui figure comme *Appendice IV* dans la seconde édition du traité de Hasse (ci-après, § 174, note 1) estime que les règles sur la prestation de la faute auraient d'abord été établies précisément pour les stipulations, et n'auraient été ensuite étendues aux autres contrats que successivement et après des hésitations. Bien que développée d'une manière fort ingénieuse, cette hypothèse nous paraît incompatible avec la nature des actions de droit strict, avec le développement historique du contrat verbal et avec les témoignages de nos sources. L'espace nous fait défaut pour développer ici notre proposition ; mais elle se trouvera confirmée par tous les détails qui suivront et elle est peut-être déjà suffisamment justifiée par le fait incontestable que l'appréciation d'une détérioration subie par un objet individuellement déterminé est absolument impossible dans une *condictio certi.* Cf. ci-après, note 39. M. Bethmann-Hollweg invoque, à la vérité, trois passages du Digeste, les Fr. 37. 51, D., *de verb. obl.* 45, 1 et Fr. 107, D., *de solutionibus* 46, 3, où se trouvent les locutions : *sine culpa* et *si dolo culpave careat* à propos d'une *stipulatio rei certæ.* Mais il est à remarquer que dans aucun de ces passages il ne s'agit d'apprécier le degré de négligence et que les expressions citées veulent dire tout simplement que l'inexécution ne peut être imputée au débiteur, en d'autres termes qu'il y a cas fortuit; ce qui se rencontre fréquemment et entre autres, § 3, I., *de lege Aquilia* 4, 3. « Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur. » Encore le mot culpave, dans le Fr. 51, D., *cité,* pourrait-il bien être un *emblema;* car il est difficile à comprendre que nous puissions amener par une faute l'affranchissement d'un esclave étranger.

[38] C'est-à-dire, l'inexécution par rapport à l'objet. Il est vrai qu'il n'en est pas de même de l'inexécution par rapport au temps et par rapport au lieu. Mais la demeure antérieure à la *litis contestatio* n'entraînait aucune conséquence et pour l'inexécution par rapport au lieu, le préteur se vit obligé de créer une action particulière, l'action arbitraire *de eo quod certo loco dari oportet,* qui a la nature d'une action de bonne foi; ce qui favorise quelque peu notre thèse. Cf. ci-après, § 178 *in fine.*

tion de la faute, difficile dans le cas de perte de la chose due [39], était absolument impossible au cas que la chose ne fût que détériorée [40]. Quand la perte avait été occasionnée par le dol du débiteur, il y avait moyen d'agir contre lui par l'action de dol et il est probable qu'on permettait également au créancier d'opposer une réplique de dol au débiteur qui aurait voulu se prévaloir de l'impossibilité d'exécution. C'est peut-être au désir d'étendre cette réplique de dol à l'hypothèse de la faute que nous devons une décision embarrassante de Paul, qui est fondée sur la distinction en *culpa faciendo* et *culpa non faciendo*, distinction empruntée au délit prévu par la loi *Aquilia*, mais absolument étrangère à notre matière [41]. Ces considérations expliquent que sous le système formulaire les *stipulationes certæ* ne pouvaient guère entrer dans le système de la responsabilité du chef de faute [42]. Il en était autrement des *stipulationes incertæ*, par la raison que dans les *condictiones incerti* le juge agissait avec une liberté qui assimilait ces actions aux *iudicia bonæ fidei*, et que, par conséquent, il pouvait tenir compte de la nature des rapports obligatoires qui avaient motivé la stipulation et des faits ou omissions qui avaient amené l'inexécution [43]. Il est plus que probable qu'après la disparition du système formulaire, ces procédés libres furent étendus aux *stipulationes certi* et finirent par amener la solution rationnelle que nous avons indiquée plus haut, c'est-à-dire que l'on appréciait dans toutes les obligations verbales la responsabilité du dol, de la faute et du cas fortuit d'après la nature du rapport obligatoire qui avait servi de cause à la stipulation. Cela n'est dit nulle part d'une manière formelle; mais les indices et les analogies ne font pas défaut. Sans insister sur la rédaction générale des textes qui s'occupent de la matière, nous ferons observer que, conformément aux règles générales sur la prestation de la faute, le donateur n'est tenu que de son dol et que le mari qui a promis la restitution de la dot, tout

[39] Cette difficulté n'était pas insurmontable quand il s'agissait d'une inexécution par rapport au temps, surtout après que l'on eut admis le *iusiurandum in litem* dans les *condictiones rei certæ*. Aussi appliqua-t-on de bonne heure la règle d'après laquelle la demeure a pour effet de mettre l'objet dû aux risques et périls du débiteur, aux *res certæ* pour le cas de perte. Fr. 5, D., *de rebus creditis* 12, 1; Fr. 5, § 4, D., *de in litem iurando* 12, 3, et ci-après, § 176, note 14 et § 179, note 4.

[40] Dans la *condictio certi*, en effet, le demandeur obtenait condamnation pour la *res certa* qui faisait l'objet de la demande (ou bien la valeur de la chose quand il y avait lieu); mais il ne pouvait obtenir la chose et en outre une indemnité. Cf. ci-après, § 195, n° 1. On dérogea déjà, du temps des jurisconsultes classiques, à cette rigueur en faveur des legs. Fr. 108, § 11, D., *de legatis I* (30), et ci-après, t. III, § 422. Mais nous ne trouvons dans le Digeste aucun exemple de pareille dérogation en matière de stipulation.

[41] C'est le Fr. 91, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1, dont nous nous occuperons au paragraphe suivant, n° III.

[42] Si ce n'est qu'en ce qui concerne l'inexécution par rapport au temps et par rapport au lieu. Cf. ci-dessus, note 38. 39, et ci-après, § 174, note 27.

[43] *Voir* ci-après, § 195, *in fine* et OBSERVATION.

en étant tenu de *omnis culpa*, jouit du tempérament de la *diligentia qualem suis rebus adhibere solet* [44]. Nous invoquons, en outre, l'analogie de la *condictio ob causam datorum* ou *sine causa*, et de la *condictio* servant à poursuivre l'exécution d'un legs *per damnationem*, matières dans lesquelles on applique les règles générales, alors même que l'objet de la demande est une *res certa*, autre que *pecunia certa* [45]. — 3°) Tout ce que nous venons de dire des *stipulationes certæ* s'applique également, en tant que possible, aux *actiones stricti iuris* en général, dont la *condictio ex stipulatu rei certæ* n'est qu'une variété.

§ 174. *Observations sur la théorie de la faute.*

I. Les règles que nous avons exposées dans le paragraphe qui précède sont simples et équitables; elles sont, de plus, malgré le vague que paraissent renfermer les notions de la faute et de ses degrés, d'une application aussi facile que précise dans la pratique. Pourtant la théorie rationnelle qu'elles établissent a été, pendant des siècles, généralement méconnue, et jusque dans les derniers temps, les jurisconsultes romains ont été exposés à des reproches aussi violents qu'injustes, à cause des systèmes erronés que les interprètes modernes leur prêtaient. Le cadre d'un livre élémentaire ne permet point d'exposer tous ces systèmes : nous devons nous borner à faire connaître sommairement la théorie qui était la plus généralement reçue depuis le temps des glossateurs. On distinguait habituellement trois degrés de faute, *culpa lata, levis, levissima*, et on déterminait de la manière suivante la prestation de la faute : Le débiteur qui ne retire aucun avantage du rapport obligatoire n'est tenu que de *culpa lata;* si les deux parties y ont intérêt, elles sont tenues l'une et l'autre de *culpa levis*, c'est-à-dire des soins d'un bon père de famille; enfin si l'une des parties retire seule un avantage, elle est tenue de *culpa levissima*, c'est-à-dire des soins les plus minutieux, de soins plus grands que ceux d'un bon père de famille. Au premier abord, cette théorie peut paraître séduisante à cause de la gradation des antithèses qu'elle renferme. Mais un examen quelque peu approfondi démontre bientôt qu'elle est incompatible avec les décisions romaines et, de plus, impraticable et contraire à l'équité [1]. En effet, 1) le terme même de *culpa levissima* ne se

[44] *A*) Arg. Fr. 18, § 3. Fr. 22, D., *de donationibus* 39. 5, et ci-après, § 255. — *B*) *Voy.* ci-dessus, notes 15-17, et ci-après, t. III, § 313, notes 2. 3.

[45] *A*) *Voy.* ci-après, §§ 276. 277. — *B*) *Voy.* t. III, § 423. — Cf. ci-après, § 189, notes 3. 5.

[1] Le mérite d'avoir établi la vraie théorie romaine, et surtout d'avoir à jamais anéanti le système des trois degrés de faute, revient à Hasse, *Die Culpa des Rœmischen Rechts*, Kiel, 1815. Deuxième édition, par les soins de M. Bethmann-Hollweg. Bonn, 1838. — Déjà au xvie siècle, Doneau, dans ses *Commentarii iuris civilis*, XVII, 6. 7, avait dit que le droit romain n'admettait que deux degrés de faute; mais son système, qui avait d'ailleurs le défaut capital d'établir une

trouve dans nos souces qu'une seule fois dans un fragment d'Ulpien [2], et dans ce passage, il n'a aucune signification technique; spécialement il n'y est point opposé à *culpa lata* ou à *culpa levis*. Il ne s'agit pas d'ailleurs dans ce texte du dommage qui résulte de l'inexécution d'une obligation, mais du dommage causé par un fait sans qu'il y ait obligation préexistante; or, dans ce cas, il est inutile d'établir des degrés de faute, par la raison que la plus légère faute suffit déjà pour nous rendre responsables du dommage qui en a été la suite [3]. 2) Puisque *culpa levis* est le manque des soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire d'un homme essentiellement attentif et soigneux, *culpa levissima* devrait être le manque de soins encore plus grands; or, la loi n'exige nulle part des soins plus étendus que ceux d'un homme essentiellement soigneux et attentif [4]. 3) Nos sources ne mentionnent jamais que *culpa levis* quand il s'agit d'indiquer un degré intermédiaire entre *casus* et *culpa lata;* il ne reste donc pas de place à assigner à *culpa levissima* [5]. 4) C'est à tort qu'on argumente *a contrario*, en disant que les termes *exacta* et *exactissima diligentia* demandent, comme antithèses *levis* et *levissima culpa*. Car dans les passages où ces termes se rencontrent, le superlatif *exactissima diligentia* n'a aucune valeur technique; ce qui le prouve à toute évidence, c'est que les lois lui opposent formellement la *culpa levis* [6]. — Enfin la gradation tripartite de la pres-

distinction erronée entre *culpa faciendo* et *non faciendo*, et d'y mêler indûment la *diligentia qualem suis rebus* ne trouva guère de partisans. LEBRUN, qui se posa également défenseur des deux degrés, eut encore moins de succès. Sa dissertation, fort superficielle d'ailleurs et remplie d'erreurs, fut publiée en 1764, par Pothier, qui, au reste, la désapprouvait.

[2] Fr. 44. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. « In lege Aquilia et levissima culpa venit. »

[3] Ci-dessus, § 172, OBS. 2, et ci-après, § 271. Il est, au reste, à remarquer que dans les cas qui tombent sous l'application de la loi Aquilia, et dans lesquels nous sommes tenus de *levissima culpa*, aucune responsabilité ne nous frappe, si nous avons pris les précautions *quæ a prudente provideri possunt*. Fr. 31. 52, § 4, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. Or ce sont la précisément les soins d'un bon père de famille. D'où la conséquence que la *levissima culpa* du Fr. 44, D., *eodem*, n'est autre chose que *levis culpa*, *levior culpa*, *omnis culpa*, conformément au génie de la langue latine, dans laquelle souvent le superlatif est tout simplement un positif fortement exprimé. *Voy.* ci-après, note 5.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 172, note 5.

[5] Fr. 32, D., *de negotiis gestis* 3, 5. « ... In qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum... » — Fr. 30, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Culpam duntaxat ei præstandam, non vim maiorem. » — Fr. 52, § 3, D., *pro socio* 17, 2. « Damna fatalia socii non coguntur præstare, si nihil dolo aut culpa acciderit... » — Fr. 2, § 1, D., *de periculo et commodo rei vend.* 18, 6. « Puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusata. » — Fr. 17, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « .... et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum non. » — L. 13, C., *mandati* 4, 35. « A procuratore dolum et omnem culpam, non et iam improvisum casum præstandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur. »

[6] *Voy.*, pour le *negotiorum gestor*, § 1, I., *de obligat. quasi ex contractu* 3, 27. « .... Ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem. » et L. 24, C., *de usuris* 4, 32, combinée avec L. 20, C., *de neg. gest.* 2, 19. « ... Non tantum dolum et latam culpam, sed et levem præstare necesse habeat. » — Pour le commodataire, Fr. 1, § 4, D., *de obligat. et act.* 44, 7. « Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur. » et Fr. 16, D., *de*

tation des fautes manque de raison d'être. Les Romains distinguent deux hypothèses : celle dans laquelle nous ne retirons aucun avantage de l'obligation et celle dans laquelle nous en retirons un avantage. Dans la première, nous ne répondons que de notre dol et de notre faute lourde, tandis que dans la seconde, nous sommes tenus des soins d'un bon père de famille. Cela est parfaitement logique et équitable. Mais ce qui ne l'est pas, c'est de nous imposer une plus grande responsabilité dans le cas où l'autre partie n'attend point de profit du rapport obligatoire dans lequel nous nous trouvons vis-à-vis d'elle [7]. En effet, le motif qui détermine notre responsabilité doit être une cause résidant en nous et non pas quelque chose qui vient du dehors. On comprend fort bien que nous soyons tenus de plus de soins quand nous avons un intérêt dans une obligation que lorsque nous agissons par pure libéralité; mais la question de savoir si la partie adverse y gagne ne doit pas exercer d'influence sur notre responsabilité. D'ailleurs serait-il équitable d'exiger, dans un cas quelconque, des soins plus étendus que ceux d'un homme essentiellement soigneux et attentif [8]? Le législateur qui le ferait irait certes au delà des limites tracées par la nature même [9], et créerait arbitrairement un système impossible à réaliser dans la pratique.

II. D'autres erreurs ont dû leur origine aux dispositions légales d'après lesquelles le débiteur est, dans certains cas, à l'abri de toute responsabilité, s'il a au moins employé les soins qu'il a l'habitude d'apporter dans la gestion de ses propres affaires, *diligentia qualem suis rebus adhibere solet* [10], ce qui a fait dire aux interprètes modernes que, dans ce cas, il n'est tenu que de *culpa in concreto* * [11]. Quelques auteurs ont cru trouver dans cette nuance un troisième ou quatrième degré de faute; d'autres

condictione furtiva 13, 1. « Cum in commodati actione non ultra culpam teneatur. » — Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « Et dolum et culpam et custodiam me præstare. » — Fr. 3, D., *de periculo* 18, 6. « Custodiam venditor talem præstare debet quam præstant hi quibus res commodata est. » — Fr. 13, § 1, D., *de pignoraticia act.* 13, 7. « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato. » — Or le vendeur et le créancier gagiste sont tenus de *culpa levis*. Ajoutez § 2, 1., *quibus modis re contrahitur obl.* 3, 14. — Fr. 5, § 2. Fr. 18, pr. D., *commodati* 13, 6.

[7] Aussi les lois romaines mettent-elles le commodat dans lequel l'emprunteur seul retire un avantage, quant à la responsabilité de ce dernier, sur la même ligne que la vente et le contrat de gage dans lesquels il y a intérêt et avantage des deux côtés. Fr. 3, D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6, combiné avec Fr. 13, § 1, D., *commodati* 13, 6.

[8] « Homo diligens... et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. » Fr. 25, pr. D., *de probationibus* 22, 3.

[9] Cela dépasserait, pour nous servir des termes de Celsus, « eum modum quem hominum natura desiderat. » Fr. 23, D., *depositi* 16, 3.

[10] *Voy.* ci-dessus, § 173, notes 9 et 13.

[11] On a créé ce terme pour indiquer que, dans ces cas, la mesure des soins exigés est quelque chose d'individuel, de concret, tandis que, dans les cas ordinaires, où l'on répond de *culpa levis*, la mesure est quelque chose d'idéal, d'abstrait : savoir, les soins d'un bon père de famille, ce que l'on désigne alors par le terme de *culpa in abstracto* *. Ces deux locutions ne sont pas trop mal

l'ont assimilée à la *culpa lata* [12]. Ces deux opinions sont erronées. Le tuteur, l'associé, le communiste, le mari, dans l'administration des biens dotaux, sont tenus de *culpa levis* [13]; mais si, dans un cas donné, ils n'ont pas employé tous les soins d'un bon père de famille, la loi leur permet de se soustraire à la responsabilité que leur faute devrait entraîner, s'ils établissent qu'ils ont au moins employé *diligentiam qualem suis rebus adhibere solent*. C'est par suite de cette excuse, admise par la loi [14], qu'ils peuvent se trouver éventuellement dans une position plus favorable que les personnes qui sont, d'une manière absolue, tenues des soins d'un bon père de famille; mais leur condition est toujours bien différente de celle des personnes qui ne sont tenues que de *culpa lata*. Cela se montre pratiquement d'abord par rapport à la preuve. Le tuteur et l'associé sont responsables même du dommage causé par leurs fautes légères, à moins qu'ils ne prouvent que, dans l'espèce où le dommage a été occasionné, ils ont au moins employé la *diligentia qualem suis rebus adhibere solent*. Le dépositaire, au contraire, n'est tenu de réparer le dommage qui a pu survenir que si l'existence de l'une des circonstances aggravantes qui constituent la faute lourde est établie dans l'espèce [15]. Ensuite la mesure même de la responsabilité est différente. La mesure appliquée au tuteur et à l'associé est le degré de soins qu'ils ont l'habitude d'apporter dans la gestion de leurs propres affaires, tandis que pour le dépositaire, c'est le degré de soins qu'il a apporté dans l'espèce dont il s'agit. Ainsi l'associé qui a laissé voler la chose commune ne sera pas excusé par cela seul que, dans la même occasion, il a été assez négligent pour laisser voler égale-

inventées ; nous préférons cependant nous en abstenir, d'abord parce qu'elles compliquent inutilement la terminologie, ensuite parce qu'elles favorisent l'erreur qui consiste à considérer la soi-disant *culpa in concreto* comme un degré particulier de la faute. Ci-après, notes 15 et 16.

[12] Cette dernière erreur provient de ce que la loi déclare coupable de faute lourde celui *qui minorem quam suis rebus diligentiam præstitit. Voy.* ci-dessus, § 172, note 12.

[13] Fr. 25, § 16, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 20, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 52, § 2. 3. 4, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 3. § 2. Fr. 39, § 7. Fr. 57, pr. D., *de administr. tutorum* 26, 7. – Fr. 3, § 7, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. – Fr. 23, D., *de regulis iuris*, ci-après, note 17. – L. 4, C., *de periculo tutorum* 5, 38. – L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. « Quidquid tutoris vel lata culpa aut *levi*, seu curatoris, minores amiserint, vel, cum possent, non quæsierint, hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris. » – Fr. 18, § 1, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « ... Ceterum, si circa interitum rei dotalis dolus malus et *culpa* mariti *absit*... » Pour qu'il y ait *absence de faute, culpa*, il faut évidemment qu'il n'y ait aucune faute *quelconque*.

[14] Pour citer une analogie, empruntée à un ordre d'idées différent, le mari n'a certes jamais le *droit* de tuer sa femme, mais le meurtre commis sur elle à l'instant où il la surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est *excusable*, d'après l'article 324 du Code pénal.

[15] L'application de cette différence est surtout évidente en cas de vol. Le dépositaire n'est point, en général, tenu de la valeur de la chose déposée si, par suite de vol, il se trouve dans l'impossibilité de la restituer (Gaius, III, 207. – § 17, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 14, § 3, D., *depositi* 16, 3, et *passim*); tandis que l'associé répond du vol, à moins qu'il ne prouve son excuse. Fr. 52, § 3 in f. D., *pro socio* 17, 2.

ment des choses qui appartiennent à lui, si d'habitude il est plus soigneux; mais le dépositaire échapperait dans la même hypothèse à toute responsabilité, à moins qu'il n'eût négligé les soins les plus ordinaires, *non intelligere quod omnes intelligunt*. Il va sans dire, au reste, que l'indulgence accordée aux tuteurs, aux associés, aux communistes et au mari ne va naturellement jamais jusqu'à les excuser de négligences qui constitueraient de véritables fautes lourdes [16]. — Rappelons ici l'observation terminologique que nous avons déjà présentée ci-dessus, savoir que, dans les cas où l'excuse dont nous venons de parler n'est pas admise, les Romains se servent de préférence du mot *diligentia* tout court, et que parfois même, pour indiquer l'antithèse d'une manière énergique, ils emploient alors les mots *culpa* et *diligentia* cumulativement [17].

III. Dans les paragraphes qui précèdent, nous avons eu l'occasion de signaler plus d'une fois une opinion erronée assez répandue parmi les interprètes modernes du droit romain, d'après laquelle il faudrait distinguer entre *culpa faciendo* et *culpa non faciendo*, en ce sens que dans certaines hypothèses le débiteur pourrait être tenu de la première, tout en étant affranchi de la responsabilité de l'autre [18]. Il résulte suffisamment des développements que nous avons donnés que cette thèse manque de tout fondement rationnel, et il suffit de réfléchir un instant sur la nature de la *custodia* et de la demeure pour se convaincre qu'elle est également contraire au système romain [19]. Cependant le Digeste contient un fragment de Paul, dans lequel la distinction est très-formellement établie avec la portée que nous avons indiquée [20]. Le jurisconsulte y demande si celui

[16] Fr. 24, § 5, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Cf. Fr. 33, pr. D., *de administr. tutorum* 26, 7.

[17] Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. « ... Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur. Et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et *culpam* præstandam et *diligentiam*. » — Fr. 47, § 5, D., *de legatis I* (30). « Culpa autem qualiter sit æstimanda videamus : an non solum quæ dolo proxima, verum etiam quæ *levis* est : an numquid et *diligentia* quoque exigenda est ab herede. Quod verius est. » — Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum et culpam. Dolum tantum : depositum et precarium. Dolum et culpam : mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum; item dotis datio, tutelæ *, negotia gesta (in his quidem et diligentiam) *, societas et rerum communio, et dolum et culpam recipiunt... » L'interprétation de ce texte présente des difficultés sérieuses qui sont même insurmontables, à moins qu'on n'adopte une correction très-simple, en plaçant les mots *item dotis datio, tutelæ* derrière la phrase que nous avons signalée par des astérisques. Dès lors le sens est clair et conforme au système romain : « Dolum et culpam : mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentiam). Item dotis datio, tutelæ, societas et rerum communio et dolum et culpam recipiunt. »

[18] *Voy.* ci-dessus, note 1 et § 172, note 9.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 172, notes 18-20, et ci-après, § 179, note 4

[20] Fr. 91, pr. D., *de verborum obligationibus* 45, 1. « Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit : si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ huius nomine tenetur possessor, ita et eum

qui, ayant promis de *dare servum*, a laissé mourir l'esclave, devenu malade, sans lui faire donner des soins (*si negligat infirmum*), sera de ce chef tenu envers le créancier, et il répond que dans les stipulations *culpa in faciendo accipienda est, non in non faciendo*, et ce par la raison que *is qui dari promisit ad dandum, non ad faciendum tenetur*. Pour affaiblir ce qu'il y a d'anomal dans cette argumentation, on a proposé de la restreindre aux seules *obligationes dandi* ou bien aux seules obligations nées de stipulation, et il n'est pas à méconnaître que le texte se prête aux deux tentatives[21]. Elles n'en sont pas moins inadmissibles l'une et l'autre. Il est impossible d'admettre l'argumentation de Paul comme formant la base d'une règle pour les *obligationes dandi* : d'abord parce qu'il n'est pas vrai que celui qui a promis de *dare* n'est pas tenu de faire[22]; ensuite, il est certain que le débiteur fiduciaire, le copermutant et l'associé, qui s'est engagé à apporter en société la propriété d'une chose, sont tenus de toute faute, *faciendo* et *non faciendo*[23]. On ne peut pas davantage admettre la règle pour les stipulations; car il est impossible de découvrir un rapport de causalité entre cette disposition extravagante et les particularités qui distinguent le contrat verbal. Il est vrai que Paul indique la raison qui lui a inspiré sa décision; mais cette raison ne s'applique pas à toutes les stipulations et nous venons de voir que cette raison n'en est pas une. Que faire alors de ce malencontreux passage? Le jeter résolûment par-dessus bord, au moins en ce qui concerne l'argumentation qu'il renferme[24]. Nous avons dit plus haut que Paul, en écrivant ce

dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. »

[21] Hasse, §§ 34. 35. 96, n° 6, combine les deux tentatives, mais il se borne à émettre son opinion, sans essayer de la justifier. Il traite évidemment la question d'une façon un peu légère; car si l'on admet, comme il le fait, que la distinction de Paul est vraie pour toutes les obligations *dandi*, pour toutes les obligations verbales et pour tous les *negotia stricti iuris*, il faut bien convenir qu'on fait une brèche bien large à la belle théorie de l'auteur que nous avons adoptée.

[22] Nous ne pouvons, en effet, transférer la propriété qu'en faisant mancipation, cession judiciaire ou tradition. La dation implique autant de *facere* que la simple remise d'une chose. La distinction de Paul, avec les conséquences qu'il en tire, repose sur une pétition de principe.

[23] *Voy.*, pour la *fiducia*, Modestin, *Collatio legum Mosaicarum*, X, 2, 2; pour l'associé et le copermutant, ci-après, § 226, n°s 1. 3 et § 243, n° 1. — Nous pouvons ajouter le vendeur qui s'est engagé à transférer la propriété de la chose vendue (ci-après, § 212, Observation). On nous objectera peut-être que, nonobstant cet engagement, il demeure obligé *ad tradendum;* mais cette objection est sans valeur. L'espace nous fait défaut pour le prouver; mais le lecteur y suppléera, en développant l'observation de la note précédente.

[24] Qu'on ne nous accuse pas de manquer de respect à l'un des coryphées des jurisconsultes romains. Nous sommes souvent obligé d'accepter une décision, tout en rejetant les motifs allégués pour la justifier. Il est vrai qu'ici nous sommes forcé de faire des réserves même pour la décision. Mais cela aussi n'est pas sans exemple. D'ailleurs, en tenant compte de la détestable rédaction du passage, nous serions tenté de croire qu'il a subi de grandes altérations, ce qui est arrivé à Paul peut-être plus qu'aux autres jurisconsultes anciens.

fragment, avait probablement été guidé par le désir d'appliquer aux *stipulationes rei certæ* les règles de la loi *Aquilia*, comme on y avait appliqué les règles de l'*actio doli* [25]. Cela paraît évident; mais l'application a été des plus malheureuses. Car, quoi qu'on en dise, la distinction qu'il établit n'existe pas plus dans le *damnum iniuria datum* que dans la matière qui nous occupe ici. Il y a dans tout cela une équivoque qu'il importe de faire disparaître. Certes, pour apprécier si quelqu'un est passible de l'*actio legis Aquiliæ*, il y a lieu de distinguer entre le fait et l'omission. Mais cette distinction n'a lieu que pour constater s'il y a *iniuria* et nullement pour voir si nous sommes responsable de notre faute. S'il n'y a pas d'*iniuria*, nous ne sommes responsable d'aucune faute, ni même d'aucun dol que nous avons pu commettre; mais dès qu'il est constant qu'il y a *iniuria*, nous sommes responsable de toute faute, même de la plus légère, qu'elle consiste *faciendo* ou *non faciendo* [26]. Tout est donc erreur dans l'argumentation de Paul que nous saisissons d'ailleurs en flagrant délit de contradiction. Il admet, en effet, au commencement du fragment que le débiteur pourra être responsable au cas qu'il ait été en demeure : or, qu'est-ce que la demeure si ce n'est *culpa non faciendo* [27]? Nous avons donc le droit de condamner l'argumentation dont il s'agit, comme l'auraient dû faire les compilateurs du Digeste, qui ont eu le tort de se laisser séduire par le charme de l'antithèse, comme cela n'arrive que trop souvent. Quant à la décision même, elle est discutable; mais, comme elle n'a pas un rapport direct avec la question qui nous occupe ici, nous en ajournons la discussion à plus tard [28].

EFFETS DE L'INEXÉCUTION.

§ 175. *Des dommages et intérêts en général. — Notion.*

Nous venons d'indiquer les cas dans lesquels le débiteur est tenu de réparer le dommage qui résulte pour le créancier de l'inexécution d'une obligation; nous chercherons maintenant à déterminer, d'une manière générale, l'étendue des dommages et intérêts que le créancier peut réclamer [1].

[25] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 41.

[26] *Voy.* les développements et des exemples, ci-après, § 271.

[27] *Voy.* ci-après, § 179, note 4.

[28] Quand nous traiterons de l'effet des stipulations, § 246.

[1] Constatons, en passant, que les Romains n'admettent l'idée du *damnum*, ni le droit aux dommages et intérêts que quand il y a perte de patrimoine. Une lésion faite à notre corps, une atteinte portée à notre honneur peuvent autoriser des actions pénales, mais ne donnent pas lieu à une demande de dommages et intérêts Fr. 3, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1. « ... Cum liberum corpus æstimationem non recipiat. » — Fr. 5, § 4. Fr. 7, D., *de his qui effuderint* 9, 3. — Fr. 2, § 2, D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2. Cf. ci-après, §§ 271. 272. 279, n° 2.

Ensuite nous ferons l'application de ces règles aux différents points de vue sous lesquels l'inexécution d'une obligation peut être considérée : savoir, par rapport à l'objet, au temps et au lieu de la prestation.

Il résulte de la nature des choses que la valeur des dommages-intérêts doit être égale à la perte que le créancier éprouve par la non-exécution[2]. Cette perte peut d'abord consister en une diminution réelle du patrimoine du créancier; c'est ce que les commentateurs ont l'habitude d'appeler *damnum emergens* *; elle peut aussi comprendre la privation d'un gain auquel le créancier avait le droit de s'attendre en vertu de sa créance, droit qui fait partie de son patrimoine, *lucrum cessans* * [3]. — Pour exprimer l'idée que nous désignons par les mots dommages et intérêts, les Romains se servent des locutions suivantes : *id quod interest, quanti mea interest, quanti ea res est* [4]. Quelquefois cependant, on donne, dans cette dernière locution, au mot *res* une signification plus res-

[2] Fr. 1, pr. D., *emti* 19, 1. « Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur : hoc est quod rem habere interest emtoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest quam res valet, vel emta est. » — Fr. 9, § 8, D., *ad exhibendum* 10, 4. « ... Et ideo Neratius utilitatem actoris venire in æstimationem, non quanti res (exhibenda) sit. Quæ utilitas, inquit interdum minoris erit, quam res. » — Fr. 4, § 7, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 81, § 1, D., *de verborum obligationibus* 45, 1.

[3] La distinction se trouve chez les Romains, quoique les termes doivent leur origine aux jurisconsultes modernes. Fr. 21, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 27, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. « Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. » — Fr. 33, pr. in f. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 11, pr. D., *ad exhibendum* 10, 4. « Sed etsi hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, æquissimum est æstimari officio iudicis damnum hereditatis. » — Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. — Fr. 11, § 18. Fr. 21, § 3, D., *emti* 19, 1. — Fr. 33, D., *locati* 19, 2. « Si colonus tuus fundo frui a te... prohibetur..., tantum ei præstabis quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. » — Fr. 81, § 1, D., *de verborum obl.* 45, 1. — Fr. 13, pr. D., *ratam rem haberi* 46, 8. « Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuerit; id est : quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. » — L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. — L. un. in f. C., *de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* 7, 47. « ... Et hoc non solum in damno sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio : quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. » — Au reste, il ne faut pas perdre de vue que les Romains n'attribuaient pas aux termes de leur langue la signification exclusive et technique que nous avons l'habitude d'y attacher. Ainsi nous trouvons des passages dans lesquels le mot *lucrum* est employé en opposition à ce que nous entendons par *dommages et intérêts*, pour désigner un gain dont nous avons été privés, mais dont nous ne pouvons demander à être dédommagés. Fr. 26, D., *de damno infecto* 39, 2. Cf. ci-après, § 283, I. — Fr. 71, § 1, D., *de furtis*, 47, 2. « Eius rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit : quia furti agere potest is cui interest rem non subripi. Interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset. » Cf. ci-après, notes 10. 11.

[4] Voyez les textes suivants, transcrits à la note 2 : Fr. 33, D., *locati* 19, 2. — Fr. 13, pr. D., *ratam rem haberi* 46, 8. — L. un. in f., C., *de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* 7, 47. On peut encore ajouter un grand nombre d'autres passages, parmi lesquels nous choisissons : Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1. « Non pluris quam [quanti] res est, id est, quanti adversarii interfuit. » — Fr. 36, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. « quanti legatarii intersit. » — Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. — Fr. 5, § 7, D., *de damno infecto* 39, 2. « ... Quanti ea res est...; quod

treinte, qui s'applique exclusivement à la perte d'un objet matériel et ne comprend que la valeur de la chose qui a péri [5]. Pour exprimer l'idée des dommages et intérêts avec une grande énergie, on emploie aussi le terme *utilitas, omnis utilitas creditoris* ou *actoris* [6].

L'analyse des dommages et intérêts que nous venons de présenter est certes claire et simple. Cependant son application aux divers cas qui peuvent se présenter ne laisse pas d'offrir de nombreuses difficultés qui proviennent particulièrement de ce que, dans un cas donné, il peut y avoir doute sur la question de savoir si le dommage que le créancier éprouve doit être entièrement imputé à l'inexécution de l'obligation dont il s'agit. Il peut se faire, en effet, que des circonstances accidentelles, se joignant à l'inexécution ou à la mauvaise exécution de l'obligation, augmentent considérablement la perte que le créancier subit. Ainsi le vendeur qui a le tort de fournir des poutres de mauvaise qualité est sans doute obligé d'indemniser l'acheteur de la moins-value des matériaux livrés; mais si l'acheteur emploie ces poutres à la construction d'un bâtiment et que le bâtiment s'écroule par suite de la mauvaise qualité des poutres, le vendeur sera-t-il tenu de la valeur des constructions et de tous les dommages qui peuvent résulter de la ruine du bâtiment [7]? On comprend que, dans un pareil cas, la décision dépend des circonstances particulières de l'espèce, et que la loi doit laisser au juge une grande latitude dans l'examen de la question de savoir quels dommages doivent être mis à la charge du débiteur. Les auteurs ont l'habitude de distinguer entre dommage direct et dommage indirect; mais ces termes sont trop relatifs, et les définitions qu'on pourrait essayer d'en donner manquent toutes de précision dès qu'il s'agit d'en faire application à un cas quelconque. Pour

non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit. » — Fr. 1, § 5, D., *ne vis fiat ei* 43, 4 « ... Hæc verba : *quanti ea res erit*... continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest... in tantum qui prohibuit condemnetur. » — Fr. 114, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 23, C., *de evictionibus* 8, 45. — Dans ceux des passages cités où se trouve la locution : *quanti ea res est*, le mot *res* désigne le droit d'obligation tout entier. Dans d'autres textes, il ne s'applique qu'à la chose qui est l'objet de la prestation à faire. Voyez la note suivante et Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43. 17. « *Quanti res est* sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem æstimandam, *quanti* IPSA *res est*. Sed hoc nequaquam opinandum est; longe enim aliud est *rei* pretium, aliud *possessionis*. »

[5] Fr. 193, D., *de verb. sign.* 50, 16. « Hæc verba : *quanti eam paret esse*, non ad id quod interest, sed ad rei æstimationem referuntur. » (Cf. Fr. 179, D., *eodem*) — Fr. 1, § 4, D., *si quis ius dicendi non obtemperaverit* 2, 3. « Hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur. » — Fr. 9, § 8, D., *ad exhibendum*, ci-dessus, note 1. — Fr. 50, pr. Fr. 71, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 2, § 13. Fr. 4, § 11, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. — Dans la locution *æstimatio rei*, le mot RES est également employé dans les deux acceptions. Fr. 1, § 20, D., *de tutelæ act.* 27, 3. — Fr. 193, D., *de verb. signif.* 50, 16 et *passim*.

[6] Fr. 21, § 3, D., *emti* 19, 1. — Fr. 4, § 7, D., *de damno infecto* 39. 2. — Fr. 1, § 5, D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4 et *passim*.

[7] Cf. Fr. 13, pr. in f. D., *emti*, ci-après, note 14 *in fine*.

nous en convaincre, il suffit d'examiner l'exemple que nous avons cité ci-dessus. Certes on pourra appeler dommage direct la moins-value qui résulte pour l'acheteur de la mauvaise qualité des poutres; mais dès qu'on aborde le dommage indirect, c'est-à-dire les conséquences plus ou moins médiates que cette mauvaise qualité peut entraîner, on tombe dans un vague qui rend la distinction entièrement oiseuse et inutile. Car ce dommage indirect pourra, selon les circonstances, comprendre la valeur du bâtiment qui s'est écroulé à cause de la mauvaise qualité des poutres, de plus, la valeur des marchandises, etc., qui se trouvaient habituellement ou même par hasard dans le bâtiment, l'incendie qui aurait pu être la suite de l'écroulement, les conséquences de cet incendie, la vie des hommes, particulièrement des esclaves, qui y auraient trouvé la mort, etc. On conçoit, dès lors, que cette distinction ne peut servir de base à une règle juridique. Cette considération suffirait pour rejeter l'opinion de ceux qui prétendent que le débiteur n'est, en général, tenu que du dommage direct [8], mais qu'il doit le dommage indirect lorsqu'il se trouve *in dolo*, si d'ailleurs cette règle n'était complétement irrationnelle. Il faut, en effet,

[8] L'histoire contemporaine nous a fourni un exemple frappant de l'influence fâcheuse que des erreurs théoriques en matière de droit privé peuvent exercer sur des matières d'un ordre plus élevé et de la ténacité avec laquelle de pareilles erreurs se maintiennent. Dans la guerre de sécession qui dura, de 1861 à 1865, entre les États-Unis du Nord de l'Amérique et les Etats confédérés du Sud, ces derniers avaient fait construire dans les ports anglais plusieurs navires qui, sortis des eaux anglaises, furent, dans une station maritime quelconque, armés en corsaires et firent un tort considérable à la marine américaine. Les États-Unis reprochèrent au gouvernement de la Grande-Bretagne d'avoir manqué aux devoirs des neutres en tolérant la construction et la sortie de ces navires, et réclamèrent des indemnités de ce chef. Le 8 mai 1871, les deux puissances convinrent, par le traité de Washington, de soumettre leur différend à un tribunal arbitral qui devait se constituer et siéger dans la ville de Genève. Devant ce tribunal, le gouvernement des États-Unis produisit des réclamations fort étendues qu'il divisait lui-même en deux catégories : 1° pertes ou dommages directs, comprenant particulièrement les dommages causés par la capture et par la destruction d'un grand nombre de navires de la marine de l'État et de la marine marchande; 2° pertes ou dommages indirects, comprenant divers chefs, parmi lesquels nous nous bornons à mentionner la perte résultant de l'élévation du taux des primes d'assurance maritime. A cette production, les Anglais jetèrent les hauts cris et accusèrent le gouvernement américain de dépasser toute mesure, en réclamant des dommages indirects, alors qu'il est de principe qu'on ne doit jamais que la réparation des pertes directes. Les ministres de la reine n'hésitèrent pas à donner à ces reproches un caractère officiel, en proclamant dans le parlement que les arbitres n'avaient pas pouvoir de statuer sur les *claims indirects* et en menaçant de rompre le compromis arbitral au cas que ces réclamations ne fussent pas retirées. Dans cet état de choses, les arbitres crurent utile de déclarer, le 15 juin 1872, que, d'après les principes du droit des gens, les réclamations qui avaient suscité cette contestation n'étaient pas de nature à pouvoir servir de base à une indemnité internationale et ne seraient, par conséquent, point prises en considération par le tribunal. Les États-Unis se soumirent à cette décision et finirent par obtenir, le 14 septembre 1872, une sentence qui condamnait le gouvernement de la Grande-Bretagne à payer une indemnité globale de 15,500,000 de dollars, soit environ 80,000,000 de francs. Ce qu'il y eut de bizarre dans cette querelle du direct et de l'indirect, c'est que les deux parties étaient d'accord pour considérer comme dommage direct des pertes qui avaient un caractère essentiellement indirect, et pour rejeter parmi les pertes indirectes le SEUL dommage qui pût réellement être qualifié de

distinguer entre le dol et la faute quand il s'agit de déterminer le fait même de la responsabilité, et c'est ce que la loi romaine a fait en traçant les règles équitables sur la prestation de la faute que nous connaissons. Mais en ce qui concerne l'étendue des dommages à réparer, la cause morale de l'imputation est indifférente : le dommage que le créancier subit n'est pas plus grand lorsqu'il a été causé avec l'intention de nuire que quand il a été le résultat d'une simple faute du débiteur. Aussi la règle citée est-elle formellement repoussée par des textes très-précis [9].

En combinant les différentes décisions que nous trouvons dans nos sources, nous obtenons les règles suivantes comme principes dirigeants dans cette matière : 1° Le débiteur n'est responsable que du dommage [10],

direct : nous entendons parler de l'élévation du taux des primes d'assurance. Cette élévation, en effet, se produisait directement et immédiatement chaque fois qu'un navire, destiné à la course, sortait du port anglais, et par cela seul qu'il en sortait ; tandis que, pour capturer et détruire les vaisseaux américains, les navires du Sud avaient besoin d'être armés et équipés, opération qui se faisait hors des eaux anglaises, habituellement à une distance de plusieurs centaines de lieues. Quoi qu'il en soit, il est certain que les parties plaidantes, si elles avaient eu des notions justes sur la nature et sur l'étendue du dommage, auraient épargné aux amis de l'humanité un spectacle affligeant. Les Américains se seraient abstenus de faire preuve d'une avidité qui leur a fait perdre bien des sympathies ; les Anglais n'auraient pas fait paraître une émotion peu digne d'une grande nation et qui a failli faire échouer l'une des plus belles entreprises du siècle ; enfin, les arbitres ne se seraient pas vus forcés d'user d'un procédé qui, malgré le bon résultat qu'il a produit, ne laisse pas que d'être peu régulier.

[9] Dans quelques passages, notamment dans le Fr. 13, § pr. 1. 3, D., *emti* 19, 1, il est dit, à la vérité, que le vendeur qui, en vendant sciemment une chose vicieuse, cause un dommage à l'acheteur, doit réparer ce dommage dans toute son étendue. Mais les exemples cités dans ce texte montrent à toute évidence que le motif dominant de la décision n'est pas la fraude du débiteur, mais bien la circonstance que, connaissant les défauts de la chose, il devait ou pouvait prévoir le dommage qu'elle causerait (ci-après, note 13), et le § 3 du fragment cité donne la même décision pour un cas de simple faute. En effet, après avoir dit que le vendeur d'esclaves vicieux est tenu de tout le dommage que ces esclaves ont causé par leurs vices, *s'il a connu ces vices*, tandis qu'il ne serait tenu que de la moins-value s'il les a ignorés, le jurisconsulte ajoute : « Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonæ frugi et fidum, et caro vendidit ; videamus an ex emto teneatur ? Et putem teneri. Atqui ignoravit : sed non debuit facile quæ ignorabat asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest : qui scit, præmonere debuit furem esse ; hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. » D'ailleurs plusieurs autres passages imposent au débiteur, coupable de faute seulement, l'obligation de réparer un dommage qui certes ne peut être appelé direct. *Voy.* Fr. 19, § 1, D., *de act. locati* 19, 2. « Si quis dolia vitiosa *ignarus* locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia eius erit excusata : et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pastum locasti in quo herba mala nascebatur : hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest præstabitur, *si scis*... » La raison de la différence est évidemment qu'on doit supposer que celui qui loue des tonneaux sait que l'on s'en sert pour y mettre des liquides et que, par conséquent, il est en faute s'il donne des tonneaux mauvais, quand même il en ignorait le vice ; tandis que celui qui ignorait la présence d'herbes vénéneuses dans son pâturage ne pouvait pas prévoir que les bestiaux en mourraient. *Voy.* aussi Fr. 21, § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51, où le dol et la faute sont mis sur la même ligne, en ce qui concerne l'étendue des dommages et intérêts.

[10] Inutile de faire observer que le créancier qui réclame des dommages et intérêts doit avant tout établir qu'il y a dommage. Fr. 8, § 6, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 11 in f., D., *de negotiis gestis* 3, 5. « Si negotia absentis et ignorantis geras, et

qui est une suite nécessaire de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de son obligation [11]. 2° Dès que ce point est constant, le débiteur est tenu de tout dommage tant direct qu'indirect [12], pourvu 3° qu'il ait prévu ou ait pu prévoir ces conséquences au moment où il contractait l'obligation, ce qui doit être apprécié suivant les règles sur la prestation

culpam et dolum præstare debes... Si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur; lucrum vero, absentem. Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. » La décision de ce fragment trouve sa raison d'être dans la nature particulière de la *negotiorum gestio*, et on ne saurait l'appliquer qu'à des cas parfaitement analogues. Cf. Fr. 23, § 1, D., *pro socio* 17, 2. « Idem quærit, an commodum quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa præbuit, debeat. Et ait compensandum. Quod non est verum. Nam et Marcellus scribit *rel.* »

[11] C'est ce qu'exprime la locution *utilitas quæ modo circa ipsam rem consistit*, à laquelle les commentateurs ont l'habitude d'opposer *l'utilitas* ' *extra rem* '. Fr. 21, § 3, D., *emti* 19, 1. « Cum per venditorem steterit quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in æstimationem venit, quæ modo *circa ipsam rem* consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id æstimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur : nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Merito, quia sive datum esset, haberem emtor, sive non; quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. » — Fr. 19, D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6. — Fr. 29, § 3 in f., D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. « ... Plane, si culpa nautarum id factum esset (i. e. navis in retia piscatorum impulsa esset) lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur, ob retia, non piscium qui ideo capti non sunt fieri æstimationem : cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque in venatoribus et in aucupibus probandum. » — Fr. 70, § 1 initio D., *de legatis II* (31). — Cf. Fr. 27, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 11, § 3. Fr. 15, § 1. Fr. 51, pr. § 2. Fr. 52, pr. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 26, § 6. Fr. 60, § 1 in f. Fr. 61, D., *mandati* 17, 2. — Fr. 61, § 5, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 21, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 45, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 71, § 1, D., *de furtis* 47, 2.

[12] Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. « Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est : utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat : ut, si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus, Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere : itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si traiectitiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, *ubi sub pœna debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel pœna commissa mora tua? Vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est?* In hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. *Quid si merces solebat comparare?* Et an lucri ratio habeatur an solius damni? Puto et lucri habendam rationem. » — Fr. 13, § 1. 2, D., *emti* 19, 1, ci-après, note 13. — Fr. 19, § 1, D., *locati*, 19, 2, ci-dessus, note 9. — Fr. 34, § 4, D., *eodem.* — Fr. 8, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 39, § 1, D., *de legatis I* (30). — Fr. 35, pr. D., *de legatis III* (32). — Fr. 11, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — Fr. 13, D., *ratam rem haberi* 46, 8. — L. 4. 10. 12, C., *emti* 4, 49. — L. 7, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. — Cf. § 10, I., *de lege Aquilia* 4, 3. « Illud vero non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis æstimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid prætera, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam is iussu tuo adiret : nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item, si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occisus : non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt, qui supersunt. » — Fr. 21, § 22. Fr. 22, pr. § 1. Fr. 23, pr. § 1, 2. Fr. 51, pr. § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 3, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 2, § 11, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — Fr. 1, § 4, D., *de vi* 43, 16.

du dol et de la faute que nous avons exposées au paragraphe précédent[13]. Cette dernière considération, qui ne s'applique naturellement qu'aux obligations résultant de conventions ou de rapports analogues, est fondée dans la nature des choses. D'une part, en effet, il serait injuste d'imposer au débiteur une responsabilité qu'il ne pouvait prévoir au moment où il contractait l'obligation; mais, d'autre part, on peut et on doit exiger de lui l'accomplissement de toutes les obligations qu'il pouvait et devait considérer comme contenues dans le lien volontairement contracté [14].

Pour compléter l'exposé qui précède, il importe de faire observer (ce qui, au reste, résulte implicitement des règles données), savoir que la responsabilité du débiteur peut se trouver diminuée ou même réduite à rien, quand le dommage éprouvé par le créancier doit être attribué à son propre fait ou à sa propre faute [15].

[13] Fr. 31, D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 26, § 7, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 13, pr. § 1. 2. 3, D., *emti* 19, 1. « 1. Item qui furem vendidit aut fugitivum (servum), si quidem sciens, præstare debebit, quanti emtoris interfuit, non decipi : si vero ignorans, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris emturus esset, si eum fugitivum scisset; circa furem non tenetur. Differentiæ ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor; furem autem habere possumus. 2. Quod autem diximus, *quanti emtoris interfuit non decipi*, multa continet, et si alios secum sollicitavit, ut fugerent, vel res quasdam abstulit. 3. Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonæ frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex emto teneatur? Et putem teneri. Atqui ignoravit : sed non debuit facile, quæ ignorabat, adseverare. Inter hunc igitur, et qui scit interest : qui scit, præmonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. » — Fr. 43 in f., D., *eodem*. « Plane, si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum de venditore de tanta summa, ... iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem. » — Fr. 19, § 1, D., *locati* et Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco*, transcrits ci-dessus, aux notes 9 et 12.

[14] Aussi, dans beaucoup de cas, ce n'est que par la considération sous le n° 3, « ce que le débiteur a prévu ou aurait dû prévoir » que se trouvent déterminés les éléments que nous avons exposés sous les n°s 1 et 2. Par exemple, si, dans le cas du Fr. 19, § 1, D., *locati*, ci-dessus, note 9, les tonneaux avaient été loués pour transporter des fruits secs et que le locataire s'en fût servi pour y mettre un liquide, il est évident que le bailleur ne serait pas tenu du liquide écoulé. De même, si, au lieu d'être loués, les tonneaux avaient été prêtés gratuitement, la responsabilité du prêteur, qui n'est tenu que de *culpa lata*, pourrait se trouver diminuée. Presque tous les passages dans les notes précédentes fournissent d'autres exemples d'une application facile. Nous nous bornons à faire observer que cette considération fait entièrement disparaître la contradiction apparente qui existe entre le Fr. 21, § 3, D., *emti*, ci-dessus, note 11, d'une part, et les Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco* (ci-dessus, note 12); Fr. 19, D., *de periculo* 18, 6 et L. 10. 12, C., *emti* 4, 49, d'autre part. *Voy.* aussi le Fr. 13, pr. D., *emti* 19, 1. « Iulianus libro XV, inter eum qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto. Ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione præstaturum quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem. Si vero sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta quæ ex ea emtione emtor traxerit, præstaturum ei. Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem; sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum. »

[15] Fr. 203, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. » — Fr. 45, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 23, § 8, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 61, § 7, D., *de furtis* 47, 2. — Cf. Fr. 29, § 1, Fr. 56, § 3. Fr. 66, pr. D., *de evict.* 21, 2; Fr. 28, § 1. 30, § 4. Fr. 52, pr. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Mais *voy.* ci-dessus, § 173, note 3 *in fine*.

Observation 1. La théorie des dommages et intérêts, dont nous avons essayé de donner une esquise rationnelle, a été, dans les siècles derniers, l'occasion de plusieurs erreurs dont quelques-unes ont déjà été signalées dans l'exposé qui précède. Il importe d'en signaler encore deux qui ont plus ou moins trouvé accès dans les législations modernes. Beaucoup d'auteurs, méconnaissant le caractère général de l'idée des dommages et intérêts, ont prétendu qu'elle ne s'appliquait point aux obligations de donner dans lesquelles le créancier pourrait toujours obtenir l'exécution littérale de la prestation, et qu'elle se trouvait, par suite, restreinte aux seules obligations de faire qui, à la vérité, se résoudraient, en cas d'inexécution, forcément en dommages et intérêts, par la raison que *nemo præcise ad faciendum cogi potest* [16]. D'autres, se trompant sur la nature des dommages et intérêts, ont cru qu'ils constituaient quelque chose en dehors de l'obligation, une accession qui s'ajoute à l'objet de l'obligation et qui en augmente l'étendue, d'où il résulterait naturellement que l'action par laquelle nous poursuivons l'exécution d'une obligation doit être essentiellement différente de celle par laquelle nous demandons des dommages et intérêts en cas d'inexécution. Notre exposé contient implicitement, mais d'une manière suffisante, la réfutation de ces erreurs, et l'examen détaillé des diverses espèces d'obligations ne fera que confirmer davantage la vraie théorie d'après laquelle les dommages et intérêts ne sont autre chose que l'équivalent exact de la prestation qui est l'objet originaire de l'obligation, *id quod creditoris interest præstationem fieri.* Cet équivalent remplace entièrement la prestation originaire devenue impossible, et en tient lieu sous tous les rapports, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les obligations qui consistent à donner et celles qui consistent à faire ou à ne pas faire.

Observation 2. La loi positive déroge, dans certains cas exceptionnels, aux règles générales que nous avons exposées dans le paragraphe qui précède. Il nous a paru inutile de réunir ici ces dérogations, qui sont presque toutes purement arbitraires. Nous les ferons connaître aux endroits convenables [17]. — Mais c'est à tort que l'on représente comme constituant des dérogations aux règles de notre matière les dispositions spéciales qui régissent l'*actio de in rem verso,* la matière de la loi *Rhodia de iactu* et les espèces dans lesquelles quelqu'un peut être tenu envers nous jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi par suite d'un

[16] C'est bien gratuitement qu'on invoque Celsus, Fr. 13, § 1 in f. D., *de re iudicata* 42, 1. « ... in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. » Du temps de Celsus, il n'y avait pas une seule condamnation qui ne fût *in pecuniam numeratam.*

[17] *Voy.*, ci-après, les endroits où nous traiterons des obligations qui naissent d'un délit ou comme d'un délit, et des actions noxales, particulièrement aux § 269, notes 21 et suivantes; § 270, note 11; § 271, notes 37 et suivantes; § 272, note 17; §§ 279. 282.

fait qui nous a causé préjudice, *in quantum locupletior factus est*. Dans toutes ces hypothèses, en effet, il s'agit, non pas de dommages et intérêts dans le sens propre du mot, c'est-à-dire de la réparation d'un dommage, due par le débiteur ensuite d'une faute qui lui est imputable, mais d'une indemnité que la loi accorde, par des motifs d'équité, à charge de personnes qui ne se sont rendues coupables ni de dol ni de faute, mais qui, accidentellement, ont tiré un profit des mêmes faits dont nous avons souffert un préjudice. Nous parlerons ci-après en détail de l'*actio de in rem verso* et de la loi *Rhodia de iactu* [18]. Quant aux hypothèses comprises dans la troisième catégorie et dans lesquelles des personnes sans reproche peuvent être tenues envers nous, sans que cependant leur responsabilité aille au delà de ce dont elles se trouvent enrichies, *in quantum locupletiores facti sunt*, nous avons déjà eu l'occasion d'en signaler plusieurs [19] ; nous aurons à en faire connaître d'autres dans le cours de l'ouvrage [20] : toutes sont dominées par le principe d'équité que nous avons indiqué ci-dessus.

§ 176. *Comment s'évaluent les dommages et intérêts.*

Quand l'étendue du dommage dont le débiteur est responsable a été déterminée d'après les règles exposées dans le paragraphe précédent, il s'agit d'en fixer la valeur pécuniaire [1] : c'est une véritable expertise dans laquelle le juge devra se laisser guider par les circonstances particulières de l'espèce [2]. Spécialement il doit avoir égard non pas à la valeur absolue

[18] *Voy.* ci-après, § 223, nº 6 et § 281.

[19] *A*) Les actions répersécutoires, nées d'un délit ou d'une violation de la possession, peuvent être dirigées contre les héritiers du coupable et même contre d'autres personnes innocentes, *in quantum locupletiores*, t. I, §§ 56. 89 sq. et Fr. 4, D., *de vi* 43, 16. Cf. ci-après, § 267, note 14. — *B*) En matière de restitution en entier, le mineur n'est jamais tenu au delà de ce dont il se trouve enrichi, t. I, § 74, note 11. — *C*) La personne de bonne foi qui a gagné à la suite d'une spécification ou d'une accession, peut être tenue envers celui qui perd par suite de ces opérations, t. I, § 99, Observation ; § 102, Obs.; § 103, Obs. — D) Le *b. f. possessor* peut réclamer du propriétaire revendiquant le remboursement des impenses utiles faites sur la chose, en tant que ce dernier en profite, t. I, § 120, notes 13-23.

[20] *A*) L'*actio negotiorum gestorum* n'est, dans certaines hypothèses, accordée que jusqu'à concurrence du profit que le *dominus* a tiré de la gestion, t. II, § 274. — *B*) Même disposition à l'égard des *condictiones indebiti* et *sine causa* et de l'action Paulienne quand elles sont dirigées contre un défendeur de bonne foi, t. II, § 277 et 300. — *C*) Les pupilles sont incapables de s'obliger sans l'intervention de leur tuteur; mais il se peut que, par suite d'actes qui, en thèse générale, engendrent une obligation, ils soient tenus au moins *in quantum locupletiores*, t. III, § 346. — *D*) Le *b. f. possessor* d'une hérédité répond des dispositions qu'il a faites à l'égard des biens de l'hérédité, mais jamais au delà de l'émolument qu'il en a tiré, t. III, § 409.

[1] Dans les obligations qui naissent de conventions, les parties fixent souvent d'avance la valeur des dommages et intérêts. Il en résulte pour le créancier l'avantage de n'être pas astreint plus tard à établir l'étendue du dommage qu'il a subi. Fr. 3, D., *si quis in ius vocatus non ierit* 2, 5. — Fr. 41, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 28, D., *emti* 19, 1. — *Voy.* surtout ci-après, § 258.

[2] Remarquons ici que, dans les *stricta iudicia*, on prenait pour base de l'estimation la valeur

de la prestation non exécutée, mais bien à la valeur qu'elle avait pour le créancier dans le cas déterminé [3]. Cependant on ne tient point compte du prix d'affection que celui-ci peut attacher à l'objet de l'obligation par des motifs purement individuels [4].

Le pouvoir d'appréciation accordé au juge dans l'évaluation des dommages et intérêts est restreint par les règles suivantes : 1° D'après une constitution de Justinien, quand la prestation est susceptible d'une estimation certaine, les dommages et intérêts ne peuvent excéder la double valeur de l'objet [5]. — 2° Quand il s'agit du dommage causé par le retard apporté dans la livraison de choses fongibles, particulièrement d'une somme d'argent, la loi détermine d'avance, au moins pour les cas ordinaires, le montant des dommages et intérêts [6]. — 3° Dans certaines hypothèses, le juge peut accorder au créancier la faculté d'estimer lui-même le dommage qu'il a éprouvé, à la charge d'affirmer par serment la justesse

que la chose avait eue au moment de la *litis contestatio*, tandis que l'on tenait compte du temps du jugement dans les *bonæ fidei iudicia*. Fr. 3, § 2, D., *commodati* 13, 6. « In hac actione, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observatur : quamvis in stricti, litis contestatæ tempus spectetur. » — *Voy.* ci-après, § 181, n° 3 et § 195, n° 1.

[3] Fr. 24, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit. » — Gaius, III, 212. — § 10, I., *de lege Aquilia* 4, 3. — Fr. 22, § 1, D., *eodem* 9, 2. — Fr. 1, pr. D., *emti* 19, 1. « Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emtoris : hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet et emta est. » — Fr. 9, § 8, D., *ad exhibendum* 10, 4. « .... Quæ utilitas interdum minoris erit quam res. » — Fr. 54, D., *de legatis II* (31) : « Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum heredi vel cuilibet alii dederit : uberrimum videtur esse legatum. Nam alias interest legatarii fundum potius habere, quam centum ; sæpe enim confines fundos etiam supra iustam æstimationem interest nostra adquirere. » — Les variations que le temps et le lieu, où la prestation devait s'exécuter, peuvent faire subir à la valeur de la prestation entrent également en compte. *Voy.* ci-après, § 181, n° 3 et § 195, n° 1.

[4] Fr. 6, § 2, D., *de operis servorum* 7, 7. — Fr. 33, pr. D., *ad legem Aquil.* 9, 2. « Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse puto : veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles ; sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit : nec illum, qui filium alienum habeat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. » - Fr. 63, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Quelques auteurs soutiennent le contraire en se fondant à tort sur le Fr. 54, pr. D., *mandati* 17, 1, et Fr. 6, pr. Fr. 7, D., *de servis exportandis* 18, 7, ainsi que sur le Fr. 35, D., *de minoribus* 4, 4. Dans ces passages, il ne s'agit point de l'évaluation d'un dommage, mais de la question de savoir si, pour intenter une action, il faut toujours un intérêt pécuniaire et matériel, ou s'il suffit d'un intérêt moral, question qui est résolue dans ce dernier sens. Le Fr. 36, D., *de bonis libertorum* 38, 2, contient une décision analogue.

[5] L. un. C., *de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* 7, 47. « ... Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere... » Nous trouvons quelque chose d'analogue déjà du temps des jurisconsultes classiques. Fr. 43 in f. Fr. 44, D., *emti* 19, 1. Cf. ci-après, § 212, note 33.

[6] *Voy.* ci-après, § 180, note 9 et § 182, n° 2.

de son estimation, *in litem iurare*[7]. Ce bénéfice fut d'abord introduit pour le cas où le débiteur refusait de mauvaise foi la restitution ou l'exhibition d'une chose, et rendait ainsi impossible l'évaluation par les voies ordinaires[8]. Dans le droit nouveau, il a été étendu à tous les cas d'inexécution causée par le dol et par la faute lourde ou par la contumace du débiteur[9]. En général, le créancier jouit d'une liberté illimitée dans l'évaluation du dommage [10]. Cependant le juge peut d'avance fixer un maximum, et dans tous les cas, il a le droit de modérer, pour des motifs graves, l'évaluation faite par le créancier [11]. Il est dans la nature des choses que, dans le principe, le *iusiurandum in litem* n'ait point eu lieu quand il s'agissait d'un *stricti iuris iudicium*, par la raison très-simple que cette procédure rigoureuse ne s'appliquait qu'à la *datio* de *pecunia certa*. Mais quand

[7] Tit. D., *de in litem iurando* 12, 3. — Tit. C., *eodem* 5, 53. — En général, le *iusiurandum in litem* dont Cicéron, *pro Roscio comœdo*, 1, fait déjà mention, ne doit servir qu'à déterminer le *montant* des dommages et intérêts ; il suppose donc que le *fait* du dommage a été préalablement établi et déterminé par les moyens ordinaires de preuve. Cependant, dans un cas particulier, savoir, lorsque le fait dommageable a été commis par violence, *vi*, le demandeur est admis à affirmer sous serment l'*étendue matérielle* du dommage dont il pourra, de plus, évaluer le *montant*, en prenart pour base sa propre affirmation. Cette disposition se trouve dans une constitution de l'empereur Zénon, L. 9, C., *unde vi* 8, 4. C'est pourquoi les commentateurs appellent ce serment *iusiurandum Zenonianum*. Cf. ci-dessus, t. I, § 90, note 14.

[8] Fr. 2, pr. § 1. Fr. 10, D., *h. t.* 12, 3. — Fr. 5. § 4, D., *eodem*. « .... Quia iudex æstimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem quæ non exstat. Cf. ci-après, § 179, note 4. — Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 7, pr. D., *de administr. tutorum* 26, 7. « Tutor qui repertorium non fecit quod vulgo *inventarium* appellatur, dolo fecisse videtur, nisi *rel.* » — L. 1. 4. 5, C. *h. t.* 5, 53. — L. 2, C., *eodem*. « Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus (heredum tutoris) convincitur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quæ etiam *argumentis liquidis investigari* potest. »

[9] Fr. 1. 2, pr. § 1. Fr. 3. 4, § 4. Fr. 5, pr. § 3. 4. Fr. 8, D., *h. t.* 12, 3. — Fr. 18, pr. D., *de dolo malo* 3, 3. — Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, D., *si servitus vind.* 8, 5. — Fr. 3, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 26, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 48, § 1, D., *locati* 19, 2. — Fr. 25, § 1, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 7, pr. D., *de administr. tutorum* 26, 7. — Fr. 15, § 9, D., *quod vi aut clam* 43, 24. — Tit. C., *de in litem iurando* 5, 53 et passim. — Cf. ce que nous avons dit, en traitant de la revendication et des autres actions réelles, t. I, § 119, notes 8 22-24 ; § 121, note 12 ; § 136, note 13 ; § 166, note 23. — Le dol étant un fait personnel, il est naturel que le *iusiurandum in litem* ne soit admis contre les héritiers du débiteur que lorsqu'ils sont eux-mêmes *in dolo. Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, note 6, et L. 2. 4, C., 5, 53.

[10] C'est pourquoi on distingue *id quod in veritate est* de l'évaluation arbitraire qui se fait par le *iusiurandum in litem*. Fr. 5, § 1, D., *ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat* 2, 7. « ... Quo (iudicio) non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata... » — Cf. Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 1, D., *h. t.* 12, 3. « ... Crescere (condemnatio) potest contumacia non restituentis, per iusiurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium. » Cf. Fr. 8, D., *eodem*.

[11] Fr. 2, § 1. Fr. 4, § 2. 3. Fr. 5, § 1. 2, D., *h. t.* 12, 3. — Fr. 3, § 2, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 18, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. — Cf. L. 30, § 14 in f. C., *de iure deliberandi* 6, 30. — Le Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1, dit à la vérité que le demandeur peut jurer *sine ulla taxatione ;* mais ces mots ne veulent pas dire que le juge n'ait point le droit de modérer l'évaluation faite ; ils se rapportent à l'ancienne procédure, où le préteur donnait des formules soit avec condemnatio infinita ou sine taxatione, soit cum taxatione. *Voy.* ci-dessus, § 45, note 4.

elle eut été étendue à toute *res certa*, il pouvait se faire qu'il fût nécessaire de rechercher la valeur de l'objet non livré. Dès lors on admit également, en cas de besoin, ce mode d'évaluation dans les *stricta iudicia* [12].

§ 177. *Des suites de l'inexécution par rapport à l'objet de l'obligation.* Periculum et commodum †.

Le débiteur est tenu de faire au créancier la prestation telle qu'elle est due, de donner ou livrer la chose à donner ou à livrer telle qu'elle était au moment de l'obligation contractée, de faire ou de ne pas faire ce qu'il doit faire ou ne pas faire. S'il manque à ce devoir par suite d'une faute dont il est responsable, il doit au créancier des dommages et intérêts, suivant les règles que nous avons exposées dans les deux paragraphes précédents. Il répond aussi bien de l'inexécution partielle que de l'inexécution complète; spécialement quand il s'agit d'une chose à donner ou à livrer, il répond de la perte totale comme de toute diminution ou détérioration survenues par sa faute.

Mais il n'est responsable ni de la perte ni des détériorations causées par force majeure : *casus a nullo præstantur* [1]. L'inexécution qui provient exclusivement d'un cas fortuit ne peut être imputée au débiteur et ne donne au créancier aucun droit à être indemnisé. La perte qui en résulte retombe donc en fait sur le créancier, ou, comme on dit ordinairement, l'obligation est à ses risques et périls, *periculum creditoris est* [2].

Cette règle, qui découle forcément des principes généraux sur la prestation de la faute et du cas fortuit, est appliquée par les Romains avec

[12] Fr. 5, pr. § 4, D., *de in litem iurando* 12, 3. « In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex æstimare sine relatione iurisiurandi non potest rem quæ non exstat. » — Fr. 6, D., *eodem*. Voir ci-après, § 195, n° 3.

† Tit. D., *de periculo et commodo rei venditæ et traditæ* 18, 6. — Tit. C., *eodem* 4, 48. — Nous employons ici les locutions « *periculum*, risques et périls » dans le sens rigoureusement technique qui comprend exclusivement les chances FORTUITES de perte ou de détérioration. Chez les Romains, le mot *periculum* est également employé dans ce sens; cependant il se rencontre aussi, et même plus souvent, dans un sens plus vague, s'appliquant à toutes les chances de perte ou de détérioration quelconques, y compris celles qui proviennent de la faute ou même du dol des parties. *Voy.* DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v. *Periculum*, § 3, 4.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 173, notes 18 et suivantes.

[2] § 3, I., *de emtione et venditione* 3, 23. « Cum autem emtio et venditio contracta sit... periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc res emtori tradita non sit. » — Fr. 8, pr. D., *hoc titulo*. « Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio : tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet... » et *passim*. — Faisons observer que cela s'applique non-seulement à la perte matérielle de la chose due, mais aussi aux cas où la chose, par cas fortuit, cesse d'être *in commercio* et ne peut par conséquent plus être donnée ou livrée. § 2, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. § 16, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 55, D., *de legatis I* (30). — Fr. 83, § 5. Fr. 91, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Cf. Fr. 136, § 1, D., *eodem* et Fr. 11, D., *de servitutibus* 8, 1.

une conséquence rigoureuse aux différents cas d'obligation, tant à ceux dans lesquels l'une des parties est seule obligée [3] qu'à ceux qui contiennent ou peuvent contenir des prestations réciproques [4]. Nous la trouvons surtout sanctionnée de la manière la plus explicite dans le cas qui constitue sans contredit l'espèce la plus importante des diverses obligations formées par convention, savoir dans la vente. En effet, si, avant la livraison, la chose vendue vient à périr ou à subir des détériorations par suite d'un pur cas fortuit, l'acheteur, bien qu'il ne reçoive rien ou qu'il reçoive une chose détériorée, n'en devra pas moins payer le prix convenu, sans pouvoir élever la moindre réclamation contre la partie adverse. Car le vendeur, débiteur de la chose, n'est tenu que des faits qui lui sont imputables [5]. — Malgré cette décision, dont le principe se trouve reproduit dans toutes les obligations, les commentateurs ont imaginé une autre règle qui est en contradiction avec les principes incontestables que nous avons exposés au § 173. Ils soutiennent que la perte fortuite de la chose est toujours à charge du propriétaire : *Casum sentit dominus, res perit domino* [6].

[3] Paul, III, 6, 9. — § 16, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 5, § 2, *verb.* Aut si ante D., *de condict. causa data* 12, 4. — Fr. 32, pr. Fr. 65, § 8, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 15, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 26, § 1. Fr. 35. 36, § 3. Fr. 47, § 6. Fr. 48, § 1, D., *de legatis I* (30). — Fr. 30, § 4, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — Fr. 23. 33. 37. 83, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 98, § 8. Fr. 107, D., *de solutionibus* 46, 3 et *passim.*

[4] Nous fournirons les preuves à l'appui quand nous traiterons des diverses catégories d'obligations. *A*) Obligations pouvant contenir des prestations réciproques : Mandat, § 221, a. Commodat, § 237, a. Dépôt, § 239, a. Contrat de gage, § 242, a. Contrats innomés, § 243, note 30. Donation, § 255. Gestion d'affaires, § 274, a. Restitution de choses indûment reçues, §§ 276. 277. Obligations dotales, t. III, § 313. Tutelle, § 347. Legs et fidéicommis. §§ 422. 447 sq. — *B*) Rapports obligatoires essentiellement synallagmatiques : Vente, § 210, note 8 et § 211, note 4. Louage de choses, § 216, a, 4. Louage de services, § 218, notes 9-17. Société, § 226, n° 3. Communauté, § 278. — Le bail emphytéotique est régi par des dispositions exceptionnelles, comme nous le verrons au § 231.

[5] § 3, I., *de emtione et venditione* 3, 23. « ... Cum autem emtio et venditio contracta sit... periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio consumtæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse cœperit : *emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.* Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris acciderit, in eo venditor securus est.... » *Voy.* des décisions identiques aux Fr. 34, § 6, D., *de contrahenda emtione* 18, 1 ; L. 6, C., *de peric. et comm. rei venditæ* 4, 48, et dans d'autres passages à citer ci-après, § 210, note 8.

[6] Rien n'est plus vrai que cette proposition, si l'on veut dire par là que le propriétaire qui perd sa chose par cas fortuit éprouve une perte; mais dans cette acception, elle serait d'une trivialité ridicule. Elle ne ferait, d'ailleurs, que constater un fait et n'exprimerait point une règle de droit. Aussi l'entend-on communément dans le sens que nous avons indiqué dans le texte, savoir : qu'en matière d'obligations, particulièrement quand il s'agit de livrer ou de restituer une chose, les risques et périls sont à la charge du propriétaire, et que c'est lui qui doit les supporter sans pouvoir élever aucune réclamation contre la partie adverse. Or, dans cette application, le brocard est entièrement faux.

Pour justifier l'application de cet adage à notre matière, on invoque particulièrement une loi du Code qui traite, en passant, du *periculum* d'une chose donnée en gage. Dans cette constitution, les empereurs Dioclétien et Maximien décident que la chose est aux risques et périls de celui qui l'a donnée en gage et qui a le droit d'en demander éventuellement la restitution et ils semblent fonder cette décision sur ce que *pignus in bonis debitoris permanet*[7]. Mais en comparant cette argumentation avec les principes généraux et avec les autres décisions renfermées dans le corps de droit, on reste convaincu que les empereurs, tout en décidant conformément à ces principes, ne se sont pas bien rendu compte des motifs qui dominaient leur décision. En effet, dans le cas qui leur était soumis, les qualités de *propriétaire* du gage et de *créancier* quant à la restitution, se trouvaient réunies dans la même personne, de sorte qu'au premier abord, on pouvait être tenté de les confondre, et cela d'autant plus facilement que dans le contrat de gage, le *créancier* quant à la restitution, est ordinairement appelé *débiteur*, par la raison que, le plus souvent, il doit la somme pour la sûreté de laquelle le gage a été donné, et que, dans leur constitution, les empereurs se servent eux-mêmes de cette terminologie [8]. On conçoit aisément d'après cela qu'ils aient qualifié de propriétaire celui qui ne figurait dans l'espèce que comme créancier. La même confusion peut avoir lieu dans tous les cas où les qualités de créancier et de propriétaire de la chose à livrer se trouvent réunies dans la même personne; et elle ne produira, dans ces cas, aucune erreur au point de vue pratique. Mais l'adage n'en est pas moins essentiellement faux toutes les fois que les qualités de propriétaire et de créancier ne se trouvent point réunies[9].

Notre règle suppose naturellement toujours que l'impossibilité d'exécuter l'obligation provienne uniquement de force majeure, et que, sans cette force majeure, le débiteur eût été à même d'exécuter [10]. Si, dans un cas donné, le contraire arrivait, le débiteur ne pourrait se prévaloir du

[7] L. 9, C., *de pignoraticia actione* 4, 24. « Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras, in horreis pignora deposita, consequens est, secundum ius perpetuum, pignoribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositæ sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. »

[8] *Voy.* ci-après, § 241 *in fine*.

[9] En attendant les preuves détaillées qui seront données quand nous traiterons des diverses obligations en particulier, nous nous bornons ici à poser un exemple emprunté à la catégorie de contrats que les partisans du brocard : *casum sentit dominus*, invoquent de préférence à l'appui de leur thèse : A prête son cheval à B, qui le loue à C pour un voyage périlleux. Dans ce voyage, le cheval périt par cas fortuit. Qui supportera le *periculum?* Il est certain que B, quoique n'étant pas propriétaire, en devra la valeur à A propriétaire.

[10] C'est ce que les Romains expriment en disant du débiteur *quod per eum non stetit quo minus res data, tradita fuisset*, locution qui se rencontre à chaque pas dans notre matière. Cf. ci-après, note 12.

cas fortuit [11], mais ce serait à la partie adverse d'établir les faits qui le priveraient de cette excuse. Dans deux cas cependant, dans la *condictio ob causam datorum* et dans la *stipulatio pœnæ*, la loi se montre plus sévère envers le débiteur et lui impose le devoir de prouver non-seulement que la force majeure a eu lieu, mais encore qu'il avait fait, de son côté, le nécessaire pour amener l'exécution. Nous donnerons les motifs de ces dispositions exceptionnelles quand nous traiterons des cas auxquels elles se rapportent [12].

Comme le créancier supporte les pertes que la chose subit par cas fortuit, il doit également profiter de l'augmentation de valeur que la chose reçoit accidentellement dans le temps qui s'écoule entre le moment où l'obligation est contractée et celui de l'exécution. Les Romains comprennent ces chances de perte ou de détérioration d'une part, et d'augmentation de volume ou de valeur d'autre part, sous le terme technique *periculum et commodum. Cuius periculum est, et commodum eius esse debet* [13]. Le *commodum* ne comprend pas seulement les fruits que la chose produit pendant ce temps, mais encore toutes les autres accessions qui ne doivent pas leur origine au fait du débiteur [14].

Il va sans dire qu'il ne peut être question de *periculum* ni de *commodum* que lorsque l'objet de la prestation est un corps individuellement déterminé. C'est en considération de cette vérité élémentaire que notre règle générale se trouve sous une autre forme : *Debitor speciei interitu*

[11] Par exemple : Je me suis engagé à vous livrer, moyennant un prix convenu, le cheval de Titius. Avant que j'aie pu me le procurer, ce cheval périt par cas fortuit. Vous ne pourrez me contraindre à livrer le cheval, ni exiger des dommages et intérêts pour cause d'inexécution; mais je ne pourrai pas davantage réclamer le prix convenu. On pourrait être tenté de trouver une solution contraire au Fr. 91, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1, où il est dit que celui qui a promis un esclave appartenant à autrui cesse d'être passible de l'*actio ex stipulatu*, si cet esclave est affranchi par son maître. Nous reviendrons sur ce passage quand nous traiterons des stipulations, ci-après, § 246. Ici, nous nous bornerons à faire observer que le jurisconsulte y dit tout simplement que le *promissor* n'est plus tenu d'accomplir le fait devenu impossible sans sa faute; mais de là il ne résulte point qu'il puisse garder ce qu'il a peut-être reçu pour faire la promesse ni qu'il puisse réclamer ce qu'il devait peut-être recevoir en échange de l'esclave promis.

[12] *Voy.* ci-après, §§ 243. 258. 276. C'est de préférence à cette situation que s'applique la locution : *per eum non stetit.*

[13] § 3, I., *de emtione et vendit.* 3, 23. « Cum autem emtio et venditio contracta sit, periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet... tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit... Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris acciderit, in eo venditor securus est. Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emtoris commodum pertinet : nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est. » — Fr. 10, D., *de reg. iur.* 50, 17. « Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda. » — Fr. 7. pr. D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6.

[14] Paul, II, 17, 7. « Ex die emtionis, si pretium numeratum sit, et fructus et operæ servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emtorem pertinent. » — L. 1, C., *de periculo et commodo* 4, 48. « Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditæ contingit ad emtorem pertinet. » — L. 13. 16, C., *emti* 4, 49.

rei liberatur *[15]. Ce principe ne peut évidemment pas être appliqué quand l'objet de la prestation est une quantité de choses fongibles, par exemple, une somme d'argent. Il faut en dire autant de tous les autres cas que l'on comprend sous le nom d'*obligationes generis*, ainsi que des obligations alternatives [16].

§ 178. *Des suites de l'inexécution par rapport au lieu* †.

Si un lieu est déterminé pour l'exécution de l'obligation, le débiteur doit exécuter dans ce lieu, et le créancier ne peut exiger que la prestation due se fasse ailleurs [1]. Dans le cas contraire, le débiteur peut payer en tout lieu opportun, de même que le créancier peut en tout lieu opportun exiger que l'exécution se fasse [2]. La question de savoir quel est l'endroit opportun est une question de fait. Dans la plupart des cas, ce sera le domicile du débiteur ou le lieu dans lequel la chose se trouve au moment de la demande; mais les circonstances peuvent le déterminer différemment dans une espèce donnée [3]. — Si l'obligation n'est pas

[15] Fr. 23, D., *de verbor. obligat.* 45, 1. – Fr. 37, D., *eodem.* « Si certos numos, puta *qui in arca sint*, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur, » et *passim.*

[16] § 2, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 4. – Fr. 42, D., *de iure dotium* 23, 3. « Res in dotem datæ quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius. » – Fr. 34, § 6, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Si emtio ita facta fuerit : Est mihi emtus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est : et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit. Sed etsi pariter decesserunt, pretium debebitur : unus enim utique periculo emtoris vixit... » *Voy.* aussi ci-après, § 191. — Un cas plus compliqué, qui participe à la fois de l'*obligatio generis* et de l'obligation alternative, est celui où je reçois une chose *cum æstimatione*, de manière à être tenu de restituer la chose ou de payer l'estimation. Fr. 15, § 3, D., *commodati* 13, 6. « Et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit. » – Fr. 3. 53, § 2, D., *locati* 19, 2, ci-après, § 216, vers la fin. Dans les passages cités, l'estimation fait passer les risques et périls à celui qui reçoit la chose *cum æstimatione*, parce que les circonstances de l'espèce indiquent que telle était l'intention des parties; mais il n'en serait pas de même si l'estimation avait été faite dans une autre intention. *Voy.* ci-dessus, § 173, note 25 et ci-après, § 226, n° 3, ainsi que t. III, § 313.

† Tit. D., *de eo quod certo loco dari oportet* 13, 4. – Tit. C., *ubi conveniatur qui certo loco dari promisit* 3, 18.

[1] Fr. 2, § 7. Fr. 9. 10, D., *h. t.* — Pour le cas où plusieurs endroits avaient été fixés, voyez Fr. 2, § 2. 3. 4, D., *eodem.*

[2] Fr. 38, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 22, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 4, in f. D., *de condictione triticaria* 13, 3. – Fr. 47, pr. § 1, D., *de legatis I* (30). – Fr. 33, D., *de annuis legatis* 33, 1. — *Voy.* aussi ci-après, notes 4 et 5.

[3] Fr. 12, § 1, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 39, D., *de solut.* 46, 3. Le lieu de la livraison d'un immeuble est déterminé par la situation du fonds. La récolte vendue ne peut être exigée ailleurs que dans le champ où elle se trouve. Des marchandises déterminées sont livrables au lieu où elles existaient au moment du contrat passé, etc. Fr. 38, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 11, § 1, D., *ad exhib.* 10, 4. – Fr. 22, D., *de reb. cred.* 12, 1. – Fr. 3, § 4 in f. Fr. 11, § 1, D., *emti* 19, 1, combiné avec les règles générales sur la tradition. *Voy.* ci-dessus, t. I, §§ 80 et 106, B.

dûment exécutée par rapport au lieu, le créancier a le droit d'exiger des dommages et intérêts, *id quod sua interest,* conformément aux règles générales [4].

Généralement la demande doit être portée devant le juge de l'endroit où l'exécution peut ou doit être exigée [5], mais il dépend du créancier de la porter également devant l'autorité du domicile ou du lieu d'origine du débiteur [6]. Cette faculté ne lui était pas accordée dans les actions de droit strict, quand le lieu d'exécution était convenu d'avance. Dans cette hypothèse, il ne lui était permis d'assigner le débiteur qu'au lieu convenu [7]. Or, il pouvait se faire que le débiteur ne se laissât point trouver à cet endroit, soit par son dol, soit par sa faute, soit pour toute autre cause, et que le créancier fût ainsi mis dans l'impossibilité de le poursuivre. Pour ce cas, le préteur avait créé une action arbitraire, appelée *actio de eo quod certo loco dari oportet* [8] et qui pouvait être intentée devant tout juge compétent du défendeur [9]. Cette action faisait obtenir au créancier exactement ce qu'il aurait obtenu dans des conditions analogues par

[4] *Voy.* ci-après, note 10. — Il importe de faire observer qu'habituellement l'inexécution par rapport au lieu se complique d'une inexécution par rapport au temps. Fr. 2, § 6. 8. Fr. 8. 10 D., *h. t.* – Fr. 22, D., *de rebus creditis* 12. 1. – Cf. Fr. 4, D., *de condict. triticaria* 13, 3. – Fr. 3, § 3. 4, D., *emti* 19, 1. – Fr. 60, D., *de verb. obl.* 45. 1, et ci-après, § 180, notes 10 et 11.

[5] C'est ce qu'il faut entendre par le terme *forum contractus* *, employé par les commentateurs. Fr. 3, D., *de rebus auctoritate iudicis possidentis* 42, 5 (ci-après, note 6). – Fr. 21, D., *de oblig. et act.* 44, 7. « Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. »

[6] Le créancier a donc, comme on est accoutumé de dire, le choix entre les *fora contractus, domicilii* et *originis.* – Fr. 1. 2. 3, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. « 1. Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet. 2. Ubi domicilium habet. 3. Aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. » – *Vaticana fragm.* 326. – Fr. 19, § 4, D., *de iudiciis* 5, 1. – L. 2, C., *de iurisdictione* 3, 13. – Fr. 29, D., *ad municipalem* 50, 1. – Cf. Fr. 33, D., *eodem.* – Fr. 28, § 4, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. – Fr. 2, § 3. 6. Fr. 24. 28, D., *de iudiciis* 5, 1. *Voy.*, sur cette question, ci-dessus, t. I, § 19, notes 22-29, où nous avons fait observer que les parties peuvent déroger aux règles légales et que notamment ils peuvent faire élection d'un domicile quelconque pour l'exécution et la poursuite d'une obligation.

[7] Le lieu de l'exécution peut, en effet, rendre la prestation plus onéreuse (*Plus loco. Voy.* t. I, § 73, note 21, et ci-après, § 261, note 5), et dès lors on ne se conformait point à l'*intentio :* MILLE *dari oportere,* quand par une *actio stricti iuris* on demandait à Rome 1000 sesterces qui devaient être donnés à Ephèse. Dans les *bonæ fidei iudicia,* au contraire, la formule QUIDQUID *ob hanc rem dari oportet* permettait au juge de tenir compte de la différence de valeur *loco :* on pouvait donc choisir indifféremment l'un des trois domiciles indiqués dans la note précédente. Fr. 43, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 7, pr. D., *h. t.* – Fr. 16, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5. – Fr. 3, § 4, D., *emti* 19, 1.

[8] Applications de cette action au *mutuum :* Fr. 6, D., *h. t.* — Aux *stipulationes certi* et aux fidéjussions : § 33, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 1. 7, § 1. Fr. 8, D., *h. t.* – L. un. C., *h. t.* Nous aurons à revenir sur le Fr. 8, D., *cité,* à cause d'une difficulté qui lui a valu la qualification de *lex damnata,* mais qui est étrangère à la matière dont nous traitons ici. *Voy.* ci-après, § 263, note 2. — Aux legs : Fr. 5, D., *hoc titulo.*

[9] Fr. 19, § 1, 4. Fr. 20. 45, pr. § 1, D., *de iudiciis* 5, 1. – L. 2, C., *de iurisdictione omnium et de foro competenti* 3, 13.

une action de bonne foi, c'est-à-dire la valeur réelle de la prestation, en tenant compte de la différence qui résultait du changement de lieu, et qui pouvait être au préjudice comme au profit du créancier [10]. Au cas que le créancier employât ce moyen par esprit de chicane, le débiteur étant prêt à payer au lieu convenu, celui-ci pouvait demander à être renvoyé de la poursuite en prouvant qu'il avait offert ou déposé l'argent, ou bien en fournissant caution de ce chef [11].

DE L'INEXÉCUTION PAR RAPPORT AU TEMPS. DE LA DEMEURE, MORA †.

§ 179. *Notion.*

L'exécution de l'obligation doit se faire au moment où il plaît au créancier de l'exiger, à moins qu'il n'y ait un temps fixé, soit par la nature des choses, soit par convention entre parties; car, dans cette hypothèse, l'exécution ne peut être exigée avant l'expiration du terme [1]. Si l'obligation n'est pas exécutée au temps où elle devrait l'être, il y a inexécution par rapport au temps : retard ou demeure, *mora* [2].

La question de savoir si pareille inexécution entraîne une responsabilité, doit se résoudre d'après les principes généraux sur la responsabilité, que nous avons exposés ci-dessus, § 173. Si le retard provient uniquement de force majeure, il est évident que personne n'en saurait être rendu responsable : *casus a nemine præstantur* [3]. Mais il en est autrement

[10] § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 2, pr. § 8. Fr. 3, D., *h. t.* — L. un. C., *ubi conveniatur qui certo loco dare promisit* 3, 18.

[11] Fr. 4, § 1, D., *hoc titulo.*

† Tit. D., *de usuris et fructibus et causis, et omnibus accessionibus et mora* 22, 1.

[1] § 2, I., *de verborum obligationibus* 3, 15. « ... Stipulatio aut pure aut in diem.... fit. Pure, veluti : *Quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti : *Decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies veniat non potest. Ac ne ipso quidem die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is prætereat. » § 5, I., *eodem.* — Fr. 41, § 1. Fr. 42, 72, § 1. Fr. 73. 99, § 1. Fr. 118, § 1. Fr. 124. 135, § 2. Fr. 138, pr. D., *de verborum obl.* 45, 1. — Fr. 105, D., *de solutionibus* 46, 3, ci-après, note 10. — Fr. 213, pr. D., *de verborum significat.* 50, 16. — Fr. 14, D., *de reg. iur.* 50, 17. — Fr. 88, D., *eodem.* « Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. » — § 26, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. « Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. »

[2] Dans le sens technique, le mot *mora* s'entend de la demeure, occasionnée par la *faute* de l'une des parties (*voy.* ci-après, note 4); mais souvent aussi il est employé pour désigner un simple retard sans égard à la cause qui l'a provoqué. Fr. 9, § 1. Fr. 38, § 6, in f. D., *h. t.* — Fr. 13. Fr. 26, § 3. 5, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — Fr. 19, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 135 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[3] Pourquoi, en effet, serait-on plus sévère lorsqu'il s'agit d'un retard dans l'exécution que quand il y a inexécution complète? Arg. Fr. 5 in f. D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 42, D., *de regulis iuris* 50, 17.

quand il provient du dol ou de la faute des parties. C'est à ce cas qu'on applique par excellence le mot demeure, *mora*.

La demeure proprement dite, *mora*, suppose donc essentiellement une faute imputable, soit de la part du débiteur, *mora solvendi* ou *debitoris*, soit de la part du créancier, *mora accipiendi* ou *creditoris* [4].

Le créancier se trouve en demeure toutes les fois que, par un fait ou par une omission coupable, il rend impossible ou empêche l'exécution actuelle de l'obligation, par exemple, en refusant d'accepter la prestation due qu'on lui offre valablement aux lieu et temps opportuns, en ne se trouvant pas dans l'endroit convenu pour l'exécution, en refusant de concourir aux actes indispensables pour l'exécution, comme le mesurage ou le pesage des objets à livrer, la liquidation d'une créance non liquide [5].

Le débiteur n'est régulièrement constitué en demeure que par la demande d'exécution qui lui est adressée de la part du créancier, *interpel-*

[4] La faute est un élément essentiel de la demeure : cela résulte des principes généraux. Sur quoi, en effet, se fonderait-on pour déclarer une partie responsable, si elle n'est pas au moins coupable de faute? Nos sources sont, au reste, fort explicites. Fr. 63, D., *de reg. iur.* 50, 17 « Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere. » Cf. Fr. 82, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 5, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 9, § 1, D., *h. t.* « ... Inculpata mora... » — Fr. 17, § 3. Fr. 21. 23, pr. Fr. 32, pr. Fr. 47, D., *eodem.* — Fr. 91, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 23, § 1, D., *de receptis* 4, 8; Fr. 89, § 1, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. D'ailleurs, pour considérer quelqu'un comme étant en demeure, les lois supposent régulièrement *quod per eum stetit quominus solveret.* Fr. 37, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 51, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 114, D., *de verb. obl.* 45, 1. Aussi le débiteur qui ignore l'existence ou l'exigibilité de la dette ne peut-il être *in mora.* Fr. 5, in f. D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 42, D., *de regulis iuris* 50, 17. Les Fr. 5, § 4, D., *de in litem iurando* 12, 3 et L. 2, C., *eodem* 5. 53 pourraient même faire croire que la demeure exige au moins *culpa lata,* puisque ces deux textes admettent le *iusiurandum in litem* contre le débiteur en demeure (ci-dessus, § 176, note 7). Mais dans le second passage, le serment *in litem* est admis, non pas ensuite de la demeure du débiteur, mais à cause de son dol; dans le premier, il s'agit d'un cas particulier où, *par la faute du débiteur,* il n'y a pas d'autre moyen de preuve que le dit serment. — Le Fr. 3, § 4, D., *emti* 19, 1, qu'on a l'habitude d'invoquer pour prouver que la faute n'est pas un élément essentiel de la demeure, n'est pas concluant, car ce texte n'a pour but ni de donner une définition de la demeure, ni d'en énumérer tous les éléments essentiels. Quant au Fr. 137, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1, il suffit de le lire pour se convaincre qu'il n'a aucun rapport avec notre question. — Du reste, dans la plupart des cas, il sera oiseux, au point de vue pratique, de rechercher si le créancier a été en faute; car le seul fait de sa non-présence aura *toujours* l'effet d'affranchir le débiteur de toute responsabilité à l'égard de l'exécution tardive, par la raison que l'inexécution ne peut point, dans cette hypothèse, être imputée à ce dernier. Cf. Fr. 18, pr. D., *de pecunia constituta* 13, 5.

[5] Fr. 23, § 1, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 4, § 1, D., *de eo quod certo loco dari oportet* 13, 4. — Fr. 16, § 2, 3, 4. Fr. 17, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Fr. 37 in f. D., *mandati* 17, 1. — Fr. 8, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Fr. 1, § 3. Fr. 5, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 3, § 4. Fr. 51, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 8, D., *de nautico fœnere* 22, 2. Fr. 73, § 2. Fr. 105. 122, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 34, § 3. Fr. 39. 72, pr. § 3. Fr. 102, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 6. 19, C., *de usuris* 4, 32. — L. 4, C., *de usuris pupillaribus* 5, 56. — L. 5, C., *de distractione pignorum* 8, 28. — Sur les offres faites au représentant du créancier ou par le représentant du débiteur, *voy.* Fr. 10, § 2. Fr. 11. 12, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 13. 34, § 3. Fr. 53, D., *de solutionibus* 46, 3.

latio. Il n'est pas tenu d'offrir spontanément la prestation qui lui incombe[6]. Quand l'obligation est à terme, l'exécution ne peut être exigée qu'après l'expiration du terme; quand elle est pure et simple, le créancier peut sommer quand il veut[7]. L'interpellation se fait par un acte judiciaire ou extrajudiciaire : elle doit toujours avoir lieu de telle manière qu'il soit possible au débiteur d'y satisfaire sur-le-champ, *opportuno tempore et loco*[8]. Le créancier peut la faire en personne ou par mandataire; mais elle n'est valablement faite au mandataire du débiteur que dans le cas où il a pouvoir spécial de la recevoir[9]. — On a l'habitude d'appeler *mora ex persona* la demeure du débiteur régulièrement provoquée par l'interpellation du créancier[10], en opposition aux cas dans lesquels, par exception, le débiteur se trouve constitué en demeure de plein droit et sans qu'il soit besoin de sommation, par la seule existence de certains faits, hypothèse que l'on désigne par le terme *mora ex re*[11]. Cela a lieu[12] :

[6] *Voy.* ci-dessus, note 1, et Fr. 32, pr. D., *h. t.* — L. 10, C., *de pignoribus* 8, 14. — Cf. Fr. 4, § 2. Fr. 5, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 9, D., *emti* 19, 1.

[7] Fr. 3, pr. Fr. 32, pr. D., *h. t.* — Fr. 5, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[8] Fr. 24, § 2. Fr. 32, § 1, D., *h. t.* — Fr. 24, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Cf. Fr. 20, § 11, D., *de hered. petit.* 5, 3.

[9] Paul, III, 8, 4. — Fr. 32, pr. D., *h. t.* — Fr. 36, § 3, D., *de legatis I* (30). — Fr. 23. 24, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 24, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2. — Fr. 49, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[10] Fr. 32, pr. D., *h. t.* « Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur; nam, ut et Pomponius libro XII epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit : an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quæstione decidi posse; *cum sit magis facti quam iuris.* » — Fr. 91, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3. « .... Esse enim quæstionem de bono et æquo, in qua plerumque sub auctoritate iuris scientiæ perniciose erratur. » C'est par les motifs indiqués dans ces deux fragments que le juge peut ou doit même quelquefois, par équité, accorder des délais. § 27, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. — Fr. 21, § 2, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 21, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 75. 135, § 2. Fr. 137, § 4, D., *de verbor. oblig.* 45, 1 — Fr. 105, D., *de solut.* 46, 3. « Quod dicimus in eo herede, qui fideiussori testatoris id, quod ante aditam hereditatem ab eo solutum est, debere *statim* solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intelligendum est ; *nec enim cum sacco adire debet.* » — Fr. 24, § 4, D., *locati* 19, 2. « ... Quod si paucis diebus prohibuit (locator), deinde pœnitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet... »

[11] Ou *mora re ipsa, in re mora est,* etc. Fr. 32, pr. D., *h. t.*, ci-dessus, note 10. — Fr. 23, § 1. Fr. 38, § 1, D., *eodem.* — Fr. 5, D., *de minoribus* 4, 4 et *passim.*

[12] Outre les trois cas que nous indiquons, on dit encore communément qu'il y a *mora ex re* : 1° en faveur de l'affranchissement ordonné par fidéicommis. Fr. 26, § 1. Fr. 53, pr. D., *de fideicommissaria libertate* 40. 5, et ci-après, t. III, § 336; 2° en faveur du fisc créancier, du mineur créancier, et des établissements de bienfaisance quand il s'agit de legs ou fidéicommis qui ne leur sont point payés au jour fixé. Fr. 17, § 5. Fr. 43, D., *h. t.* — Fr. 87, § 1, D., *de legatis II* (31). — Fr. 26, § 1, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — L. 3, C., *in quibus causis int. rest. necessaria non est* 2, 41. — L. 46, § 4, C., *de episcopis et clericis* 1, 3. Cf. *Nov.* 131, c. 12. — Il est vrai que le langage des textes cités est conforme à cette manière de voir. Cependant quand on examine la question de près, on voit que la première espèce est étrangère à notre matière, et que, dans les cas cités sous le n° 2, il ne s'agit guère que de l'obligation de payer les intérêts, obligation qui, en effet, est une conséquence de la demeure, mais qui est loin d'en être la seule.

1° quand l'interpellation est impossible par suite d'une cause provenant de la personne du débiteur [13]; 2° quand l'obligation résulte d'une possession violente et de mauvaise foi ou d'un délit, particulièrement d'un vol, *semper enim moram fur facere videtur* [14]; 3° enfin toutes les fois que le retard apporté à l'exécution équivaut à une inexécution complète [15].

Il y a une grande controverse sur la question de savoir si, dans les obligations à terme, la seule expiration du terme suffit pour constituer le débiteur en demeure, *dies interpellat pro homine*, ou si le créancier doit encore faire une sommation pour obtenir ce résultat. Quand on raisonne d'après les principes généraux, on doit certainement se prononcer en faveur de la dernière opinion. Toute demeure, en effet, suppose une faute. Or, le seul fait de ne pas payer au jour de l'échéance ne constitue pas une faute; car la loi n'exige point que je fasse spontanément et sans en être requis un sacrifice, même obligatoire, en faveur d'autrui [16]. Ensuite l'avénement du terme ne saurait exercer sur la créance d'autre effet que de la rendre *præsens*, c'est-à-dire actuellement exigible. Or, il est hors de tout doute qu'il faut une interpellation pour constituer le débiteur en demeure quand il s'agit d'une *obligatio præsens*. Cette considération, vraie dans toutes les hypothèses, acquiert une importance particulière quand le terme est ajouté en faveur du débiteur, ce qui se présume dans le doute [17]. Dire dans un pareil cas que la seule échéance du terme constitue le débiteur en demeure, ce serait faire tourner arbitrairement à son préjudice ce qui a été introduit en sa faveur. Il faut donc admettre qu'en thèse générale l'échéance du terme ne suffit pas pour constituer le débiteur en demeure, à moins que des circonstances particulières ne lui fassent imputer l'inexécution comme un fait dont il doit réparation, ce qui aurait particulièrement lieu lorsque les parties en seraient

[13] Fr. 23, § 1, D., *h. t.* « Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur. » — Si le débiteur est connu, mais absent, le créancier doit suppléer à l'interpellation par une protestation auprès de l'autorité compétente. Fr. 2, D., *de nautico fœnore* 22, 2.

[14] Pr. I., *de vi bonis raptis* 4, 2. — Fr. 14, § 4, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 8, § 1, D., *de condictione furtiva* 13, 1. « .... Semper enim moram fur facere videtur. » — Fr. 20, D., *eodem*. — Fr. 1, § 34. 35. Fr. 19, D., *de vi et vi armata* 43, 16. — Fr. 2, § 10, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. — L. 7, C., *de condictione ob turpem causam* 4, 7.

[15] Ce qui a lieu toutes les fois que le jour fixé constitue un élément essentiel de la prestation. Dès lors, en effet, le créancier n'a pas besoin d'invoquer la demeure du débiteur pour obtenir *omne quod sua interest præstationem factam non esse*. Cf. ci-après, note 18.

[16] Ainsi le possesseur de bonne foi qui apprend que la chose appartient à autrui doit, à la vérité, la restituer au propriétaire, mais seulement quand il en est requis. Loin d'exiger de lui une restitution spontanée, la loi l'autorise même à continuer l'usucapion, malgré la *mala fides superveniens*. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 113, note 35. D'autres analogies plus frappantes se rencontrent en matière de louage et de précaire. Fr. 14, D., *locati* 19, 2. — F. 4, § 4, D., *de precario* 43, 26. Cf. ci-dessus, note 6.

[17] *Voy.* ci-après, § 205. II.

convenues expressément ou implicitement [18] et lorsque le retard dans l'exécution équivaudrait à une inexécution complète [19]. Nos sources ne contiennent point, à la vérité, de décisions qui consacrent formellement *in terminis* cette manière de voir [20], mais l'opinion contraire n'en a pas davantage à citer. Il est vrai que les partisans de l'adage : *Dies interpellat pro homine*, invoquent un grand nombre de textes en leur faveur. Mais de ces textes les uns n'ont aucun rapport avec notre question [21] ; d'autres sont trop vagues pour qu'on en puisse argumenter ou se rapportent à des matières qui, tout en ayant quelque affinité apparente avec la demeure, appartiennent cependant à des ordres d'idées tout différents [22] ; enfin les décisions peu nombreuses qui traitent réellement de notre hypothèse sont

[18] Implicitement. Tel est le cas du Fr. 114, D., *de verb. obl.* 45, 1, où l'on était convenu *fundum certo die præstari.* Comme la tradition d'un fonds doit naturellement se faire *ubi res est*, et que le créancier qui, au moment convenu, s'est trouvé prêt à prendre livraison, n'est pas tenu de s'y rendre de nouveau à un moment non convenu, le débiteur n'est plus à même d'exécuter : on arrive ainsi à une inexécution complète. — Tel pourrait encore être le cas d'un commodat à terme.

[19] Dans ce cas, il y a à la fois inexécution quant à l'objet, quant au temps et habituellement quant au lieu. Cf. la note précédente, et ci-dessus, § 170, note 16.

[20] Nous ne pouvons invoquer comme décisifs les passages nombreux dans lesquels l'interpellation est représentée comme une condition nécessaire pour la constitution en demeure (ci-dessus, notes 6 à 10), par la raison que, dans aucun de ces passages, il n'est dit formellement que l'interpellation est indispensable dans les *obligationes in diem.* Cependant la rédaction générale de ces textes vient toujours quelque peu en aide à notre thèse. — Il serait également dangereux de tirer un argument *a contrario* du Fr. 49, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1 ; car, au même titre, nos adversaires pourraient argumenter du Fr. 33, D., *eodem.* — Mais nous avons pour nous les principes généraux et les analogies mentionnées ci-dessus, à la note 16. Des deux textes qui y sont cités, il résulte, en effet, que le locataire et le précariste qui ne restituent pas au jour fixé la chose louée ou prêtée, ne se rendent coupable d'aucune faute, et que ce fait devient même pour le locataire l'origine d'un droit nouveau qu'on appelle réconduction tacite (ci-après, § 217, n° 5) et qui est fondé sur la présomption que le bailleur qui ne demande pas la restitution consent à la continuation du *statu quo.* Pourquoi n'admettrait-on pas la même présomption dans notre matière? Enfin, les Fr. 47 in f. D., *emti* 19, 1, et Fr. 17, § 4, D., *de usuris* 22, 1, décident très-formellement que le vendeur qui ne livre pas et le locataire qui ne paye pas au jour fixe, ne doivent l'intérêt que s'ils sont en demeure, *non nisi ex mora, post moram intercedentem.* La décision du Fr. 47, D., *emti* est d'autant plus remarquable que le jurisconsulte dit expressément que dans l'hypothèse dont il s'agit et où parties étaient convenues d'une peine conventionnelle, la peine est encourue par la seule non-exécution, mais que dans l'*actio emti* le juge ne peut adjuger des intérêts que *post moram intercedentem.* Il est donc certes permis de dire que ces deux textes consacrent d'une manière certaine le principe qui sert de base à notre argumentation.

[21] Tel est, par exemple, le dicton qui termine le Fr. 1, D., *emti* 19, 1. « .... Neque certiorari debuit qui non ignoravit, » dont on fait un étrange abus dans notre controverse. Ulpien y énonce une vérité élémentaire, mais qui n'a aucun rapport avec notre question, en disant que l'acheteur n'a pas le droit de se plaindre des servitudes qui grèvent le fonds acheté s'il a eu connaissance de ces servitudes au moment du contrat.

[22] *A*) Le Fr. 8, D., *si quis cautionibus* 2, 4, parle du défaut de comparaître en justice. — *B*) Dans les Fr. 4, D., *de condict. triticaria* 13, 3, et Fr. 11, D., *de re iudicata* 42, 1, il s'agit, non pas de demeure, mais du moment qu'il faut prendre pour base dans l'évaluation des dommages et intérêts. Cf. ci-dessus, § 176, note 2, et ci-après, § 180, note 11. — *C*) D'autres textes se rapportent soit à la *lex commissoria*, comme le Fr. 4, § 4, D., *de lege commissoria* 18, 3 ; soit à

comprises dans les catégories exceptionnelles que nous avons signalées nous-même [23]. Nous estimons donc que cette règle est étrangère au droit des jurisconsultes classiques et même à la législation de Justinien, bien qu'on ne puisse méconnaître que quelques constitutions de cet empereur trahissent une tendance qui s'en rapproche plus ou moins [24] et que cette tendance paraît avoir prévalu dans le droit byzantin [25].

§ 180. *Des effets de la demeure.*

La demeure entraîne, pour la partie qui s'en est rendue coupable, les conséquences qui frappent en général les personnes qui sont cause de l'inexécution d'une obligation, c'est-à-dire que la partie adverse a droit à *id quod sua interest moram factam non esse* [1]. Nous pourrions sous ce rapport renvoyer aux règles que nous avons données, en traitant de la prestation de la faute et de la nature des dommages et inté-

la *stipulatio pœnæ*, comme le Fr. 23, D., *de receptis* 4, 8; Fr. 1, D., *de penu legata* 33, 9; Fr. 23, D., *de oblig. et act.* 44, 7; Fr. 77, D., *de verb. obl.* 45, 1. (Cf. Fr. 5 in f., D., *de rebus creditis* 12, 1); Fr. 42, D., *de regulis iuris* 50, 17, et surtout la fameuse L. 12, C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8, 38. Nous en parlerons ci-après, § 249, n° 3 et § 258. — *D*) Dans le Fr. 155, D., *de verb. obl.* 45, 1, il ne s'agit aucunement de demeure, mais de l'interprétation d'une convention. — *E*) Enfin, le Fr. 5, D., *de operibus publicis* 50, 10, ne s'applique pas davantage exactement à notre espèce; il contient, d'ailleurs, une disposition tout à fait spéciale qui ne saurait servir de base à une règle générale.

[23] Nous avons déjà parlé, ci-dessus, note 18, du Fr. 114, D., *de verb. obligationibus* 45, 1, A ce que nous y avons dit, il convient d'ajouter que le texte indique clairement que c'est par une faute imputable au débiteur que l'obligation n'a point été exécutée et qu'un dommage a été causé au créancier. Dès lors, dans ce cas, le débiteur est naturellement responsable, et il le serait aussi bien dans une obligation pure et simple que dans une obligation à terme. « Si fundum certo die præstari stipuler, *et per promissorem steterit,* quominus ea die præstetur : consecuturum me quanti mea intersit moram facti non esse. » — Dans la L. 10, C., *emti* 4, 49, le retard d'exécution équivaut à une inexécution complète. « Cum venditorem carnis, fide conventionibus rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti intersit tua si tunc præstita fuisset, apud Præsidem provinciæ convenire potest. »

[24] Déjà la L. 12, C., *de contrah. stipul.* 8, 38, trahit quelque peu cette tendance, au moins dans les motifs. Mais elle paraît plus évidente dans la L. 2, C., *de iure emphyteutico* 4, 66, dans laquelle Justinien autorise le *dominus* à faire déguerpir l'emphytéote qui, pendant trois ans, n'a pas payé la rente, sans qu'il soit permis à ce dernier de se prévaloir du défaut d'interpellation. « Neque prætendente quod non est super hac causa inquietatus : cum neminem oporteat conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est... » Cf. t. I, § 151.

[25] *Scholion ad Basilica,* XXIII, 1, 5. — Arg. *Schol. ad Harmenop.,* III, 3, 43 (p. 354, ed. Heimbach — p. 171 dans le *Thesaurus* de Meerman, t. VIII, p. 171). — C'est probablement sous l'influence des traditions byzantines que l'école des glossateurs admet sans hésiter l'adage que nous combattons. *Glossa* ad Fr. 9, § 1. Fr. 32, D., *hoc titulo* et ad Fr. 23, D., *de obl. et actionibus* 44, 7.

[1] Fr. 173, § 2, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Unicuique sua mora nocet; quod et in duobus reis promittendi observatur. » — Fr. 36, § 2, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 3, § 4, D., *emti* 19, 1. — Fr. 25, § 2, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 26, D., *de legatis III* (32). — Fr. 11, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 113 in f. Fr. 114, D., *de verb. obl.* 45, 1 et *passim.*

rêts [2] : il ne sera cependant pas sans utilité de montrer en détail les conséquences pratiques qu'amène l'application de ces règles à la matière qui nous occupe.

A). Le débiteur en demeure est tenu d'indemniser le créancier de tout dommage qui est résulté de l'inexécution, de manière à le mettre dans l'état dans lequel il serait trouvé si le retard n'avait pas eu lieu. Il s'ensuit entre autres : 1° Que le créancier peut toujours exiger l'exécution alors même que depuis le moment où la demeure a commencé, cette exécution serait devenue impossible pour quelque cause que ce soit [3], ce qui fait dire que l'obligation est désormais aux risques et périls du débiteur [4]. C'est qu'en effet, la perte même fortuite de la chose n'est plus un pur cas fortuit depuis que le débiteur s'est rendu coupable d'inexécution : elle est considérée comme ayant été déterminée par la faute du débiteur [5], à moins que celui-ci ne fournisse la preuve du contraire, ce qu'il aura fait, dans les cas ordinaires, en établissant que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui avait été livrée [6]. — 2° Le créancier peut, de plus, exiger toutes les accessions qui se sont jointes à la chose depuis

[2] Conformément aux règles générales sur les dommages et intérêts que nous avons exposées ci-dessus, §§ 175. 176.

[3] Les Romains expriment cette idée, en disant que la faute du débiteur, et particulièrement sa demeure ont pour effet de *perpetuare obligationem*, ce qui signifie que l'obligation continue de subsister malgré la perte, même fortuite, de la chose. Fr. 24, § 2, D., *h. t.* 22, 1. – Fr. 87, § 1, D., *de legatis II* (31). – Fr. 91, § 3. 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem... Quæramus quæ personæ perpetuam efficiant obligationem. » – Fr. 58, § 1, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Au Fr. 91, § 4. 5, D., *de verb. obl.* 45, 1, nous trouvons le mot *producere* pour exprimer la même idée.

[4] Fr. 5, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 30, § 1, D., *de iureiurando* 12, 2. – Fr. 5, § 4, D., *de in litem iurando* 12, 3. – Fr. 23, D., *de constituta pecunia* 13, 5. – Fr. 12, § 3, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 25, § 2, D., *soluto matrimonio* 24, 3. – Fr. 39, § 1, *verbis* Ipsius quoque D., *de legatis I* (30). – Fr. 108, § 11, D., *eodem.* « Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut, si debilem forte tradat, nihilominus teneatur. » – Fr. 8, D., *de re iudicata* 42, 1. « Si homo, ex stipulatu petitus, post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam, et fructuum rationem habendam. » – Fr. 23, D., *de verbor. obligat.* 45, 1. « Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus mihi non dedisti aut occidisti eum. » Fr. 82, § 1, D., *eodem.* – L. 2, C., *de condictione furtiva* 4, 8. – L. 3, C., *de usuris et fructibus legatorum* 6, 47.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 20, combiné avec § 175, note 11.

[6] Fr. 14, § 11, D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 12, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 12, § 3. Fr. 14, § 1, D., *depositi* 16, 3. — Même dans ce cas, le débiteur sera tenu des dommages et intérêts, si le créancier prouve qu'il aurait pu éviter la perte, par exemple, en vendant la chose. Fr. 14, § 11 in f. D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 20, § 21. Fr. 40, pr. D., *de heredit. petitione* 5, 3. – Fr. 15, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1. « ... Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo deberi præstari : nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. » – Fr. 14, § 1, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 47, § 6, D., *de legatis I* (30). « Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi : quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit; potuit enim eum acceptum legatarius vendere. » – Cf. Fr. 12, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 56, pr. in f. D., *de iure dotium* 23, 3. Il importe de tenir ici

la demeure, ainsi que les fruits qu'elle a produits ou aurait pu produire entre les mains d'un bon père de famille [7]. Ceci s'entend également des fruits civils [8] ; cependant quand l'objet de la prestation est une somme d'argent, la loi détermine elle-même le *quantum* des fruits à restituer, en accordant au créancier les intérêts légaux de la somme à payer : de là le terme intérêts moratoires, *usuræ ex mora* [9]. — 3° Il doit également être tenu compte au créancier de tous autres avantages auxquels il avait le droit de s'attendre et dont il a été privé par l'inexécution, ainsi que des pertes que cette inexécution a occasionnées, le tout conformément aux principes qui dominent la matière des dommages et intérêts [10]. — 4° Si la valeur de la prestation a varié depuis le moment où la demeure a commencé, ces variations sont également à la charge du débiteur, en ce sens qu'il doit la valeur que la chose peut avoir au moment du jugement, et qu'il peut même être condamné à payer la plus haute valeur que la chose a eue depuis le commencement de la demeure jusqu'au jugement [11]. — Ces règles subissent cependant certaines modifications dans les *actiones stricti iuris*, par la raison que, dans ces actions, le montant de la condam-

compte d'une observation que nous avons présentée, en traitant de la preuve en matière de faute, savoir que la partie qui doit prouver un fait n'a pas toujours besoin d'en fournir la preuve, par la raison que, dans bien des cas, cette preuve résultera des circonstances. C'est par cette considération que s'expliquent les termes trop absolus des Fr. 20, § 1. Fr. 40, pr. D., *de hereditatis petitione*, et Fr. 47, § 6, D., *de legatis I*, ainsi que le Fr. 3, § 3, D., *emti* 19, 1, qui paraît fournir un argument contre notre thèse, puisqu'il condamne le vendeur en demeure à payer la plus haute valeur que la chose a eue pendant la demeure. Dans l'espèce, l'acheteur faisait le commerce de vin. Cf. ci-après, note 11, et ci-dessus, § 175, note 12.

[7] Fr. 17, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 38, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 2. 3, pr. § 1. Fr. 8. 38, § 1. 7. 11. 15, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 39, § 1, D., *de legatis I* (30). – Fr. 26, D., *de legatis III* (32). « Si quis fideicommissum debet, post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum quo affectus est fideicommissarius, præstare cogitur. » – Fr. 114, D., *de verb. oblig.* 45, 1. « Si fundum certo die præstari stipuler et per promissorem steterit quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram factam non esse. »

[8] Fr. 32, § 2, D., *de usuris* 22, 1. Il y a une exception en faveur du donateur qui est en demeure d'exécuter la libéralité promise. Fr. 22, D., *de donationibus* 39, 5.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 176, note 6, et ci-après, § 182, note 12. Il est cependant à remarquer que les dommages et intérêts peuvent, par suite de circonstances particulières, excéder le taux légal de l'intérêt. Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco dari oportet* 13, 4. *Voy.* ci-dessus, § 175, note 12.

[10] Fr. 17, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. « ... Non solum fructus, sed etiam omnem causam præstandam. » – Fr. 2, § 8, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. – Fr. 3, § 3. D., *emti* 19, 1. – Fr. 8, D., *de usuris* 22, 1. « ... Post moram factam, fetus quoque præstabitur *ut fructus*, sed et fetus secundus *ut causa*, sicut partus mulieris. » – Fr. 26, D., *de legatis III* (32), ci-dessus, note 7. – Fr. 8, § 6 in f. D., *de precario* 43, 26. « Nam ubi moram quis fecit precario, *omnem causam* debebit constituere. » Cf. ce que nous avons dit, ci-dessus, § 175, notes 3 et 12, sur le *lucrum cessans*, et l'observation faite au § 178, note 4, sur le concours éventuel de l'inexécution *quoad locum* et de l'inexécution *quoad tempus*.

[11] Fr. 3, § 2, D., *commodati* 13, 6. – * Fr. 8, § 1, D., *de condict. furtiva* 13, 1. – Fr. 3 in f. Fr. 4, D., *de condictione triticaria* 13, 3. – * Fr. 3, § 3, D., *emti* 19, 1. – Cf. Fr. 21, § 3, D., *eodem*. – Fr. 11, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 60, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-après, note 12 et § 195. Les deux citations marquées d'un astérisque accordent au créancier la plus

nation doit être égal à la valeur que l'objet de l'obligation avait au moment de la *litis contestatio* [12].

B). L'effet de la demeure du créancier est de mettre d'une manière absolue l'objet de l'obligation à ses risques et périls et d'affranchir le débiteur de tout soin que l'obligation lui imposait. La responsabilité du débiteur n'est plus déterminée par la nature du rapport obligatoire dans lequel il se trouve, mais uniquement par le précepte qui défend de faire du mal à autrui [13]. Quelle qu'ait été sa responsabilité originaire, le débiteur n'est plus tenu que de son dol [14]. — Nous venons de dire que l'objet de l'obligation est désormais d'une manière absolue aux risques et périls du créancier [15]. On pourrait être tenté de considérer cette conséquence comme n'empirant point la position du créancier, puisque, même sans demeure de sa part, *periculum creditoris est*. Et, en effet, il en est ainsi dans les cas ordinaires, quand l'objet de la prestation est individuellement déterminé, *species*. Mais, dans d'autres hypothèses, cette conséquence peut constituer une aggravation sensible, d'abord quand, par convention particulière, le *periculum* avait été mis à la charge du débiteur, ensuite,

haute valeur que la chose a eue pendant la demeure. Cela s'explique aisément pour le Fr. 3, § 3, D., *emti;* car il s'y agit d'un créancier qui fait le commerce de vins et qui, par conséquent, aurait pu réaliser un bénéfice par la vente (cf. ci-dessus, notes 9 et 6 *in fine*, ainsi que § 175, notes 9. 11). La disposition exceptionnelle, dans le même sens, du Fr. 8, § 1, D., *de condictione furtiva,* doit son origine probablement à la haine que portaient les Romains aux voleurs, *odium furum*. — Rappelons que sous le rapport des variations de la valeur de la chose due, la demeure peut se compliquer de l'inexécution *quoad locum*. *Voy*. la note précédente *in fine*.

[12] Cette observation s'applique particulièrement aux effets dont nous avons parlé sous les nos 2. 3. 4. *Voy*. ci-après, § 195.

[13] Fr. 5, D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6. « Si per emtorem steterit quominus ad diem tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo præstari. » — Fr. 17, D., *eodem*. — Fr. 9, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 84, § 3, D., *de legatis I* (30). — Fr. 105, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 30. 72, pr. § 2. 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. Fr. 8, pr. D., *de condictione furtiva* 13, 1, et L. 1. 2, C., *eodem* 4, 8.

[14] *Voy*. les textes cités à la note précédente et le Fr. 1, § 3, D., *de periculo* 18, 6. « Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est. Effundere autem non statim poterit, priusquam testato denuntiet emtori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur; si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius. Ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, velut si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem, conduci vasa, nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide, id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori. » Cf. Fr. 8, D., *de tritico vino legato* 33, 6. A propos du Fr. 1, § 3, D., *cité,* il est intéressant de rappeler les clauses usitées à Rome dans les ventes de vin du temps de Caton l'ancien et rapportées par lui dans son livre *de re rustica,* c. 147. 148. « In triduo proximo viri boni arbitratu degustato... Locus vinis ad kalendas octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quod volet, faciet. »

[15] *Voy*. les passages cités aux deux notes précédentes. Cf. Fr. 3, § 4, D., *emti* 19, 1. « Quod si per emtorem mora fuisset, æstimare oportet pretium quod sit cum agatur et quo loco *minoris sit*. »

même sans pareille convention, dans les *obligationes generis*. Dans ces obligations, en effet, les offres rendent l'objet de la prestation individuellement déterminé, et le mettent dès lors, tant qu'il conserve ce caractère, aux risques et périls du créancier, tandis qu'en thèse générale, il ne peut être question de *periculum* quand la prestation a pour objet un *genus* [16]. — Les offres dûment faites par le débiteur font en outre cesser le cours des intérêts, si la créance est productive d'intérêts [17]; et il va de soi que le créancier est, dans tous les cas, tenu de réparer tout préjudice que sa demeure peut occasionner au débiteur [18].

Les effets de la demeure subsistent tant que la demeure dure elle-même [19], mais ils cessent d'agir quand la partie coupable met fin à sa demeure, *purgare* ou *emendare moram* [20]. Cela se fait, de la part du débiteur, par l'exécution de l'obligation ou par des offres valablement faites [21], et de la part du créancier, par la déclaration qu'il est prêt à accepter [22]. Le même effet peut être produit par une convention postérieure expresse ou tacite; par exemple, si les parties font novation de la dette [23] ou si le créancier, sans réserve ni protestation, accorde un nouveau délai ou accepte la prestation tardive [24]. Enfin, quand les deux parties sont en demeure, la demeure de l'une compense celle de l'autre [25], c'est-à-dire elle empêche que cette dernière ne produise d'effet [26]. Si, dans cette hy-

[16] *Voy.* ci-après, § 290, note 7.

[17] *Voy.* ci-après, § 290, note 6.

[18] Fr. 1, § 3 in f. D., *de periculo* 18, 6. – Fr. 38, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 8 in f. D., *de tritico vino legato* 33, 6.

[19] Fr. 87, § 1, D., *de legatis II* (31). « ... (moram) sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur usuræ. »

[20] Fr. 73, § 2. Fr. 91, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 8, pr. Fr. 14, pr. D., *de novationibus* 46, 2.

[21] Fr. 17, D., *de periculo* 18, 6. – Fr. 7 in f. D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 73, § 2. Fr. 91, § 3. Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 72, pr. § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 2, C., *de condict. furtiva* 4, 8. – L. 9. 19, C., *de usuris* 4, 32. – L. 9, C., *de solutionibus*, 8, 43. – Cf. Fr. 8, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Le Fr. 17, D., *de condict. furtiva* 13, 1, s'occupe d'un cas de dation en payement, *in solutum datio*. Cf. sur les diverses hypothèses traitées dans les textes qui précèdent, ci-après, § 288, note 13; § 289, note 1; § 290, notes 3-7. — Pour être efficaces, les offres devaient anciennement être faites avant la *litis contestatio* (cf. Fr. 84, D., *de verb. obl.* 45, 1); dans le droit nouveau, elles peuvent se faire jusqu'au jugement. § 2, I., *de perpetuis et temporalibus actionibus* 4, 12. – Fr. 5, pr. D., *de publicanis* 39, 4.

[22] Fr. 17, D., *de periculo* 18, 6. – Fr. 51, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 7 in f. D., *de usuris* 22, 1.

[23] *Voy.* ci-après, § 294, notes 1-3. 9. 10.

[24] Fr. 49, § 1, D., *emti* 19, 1. – Arg. Fr. 23, pr. D., *de receptis* 4, 8. – Fr. 6, § 2, D., *de lege commissoria* 18, 3. – Fr. 23, D., *de obl. et act.* 44. 7.

[25] *Compensatio moræ*, terme formé par analogie de la locution : *compensatio negligentiæ*, Fr. 18, pr. D., *de compensat.* 16, 2. — L'hypothèse d'une demeure simultanée des deux parties ne saurait se produire qu'ensuite d'une convention particulière avenue entre elles, soit expressément, soit implicitement, par exemple, quand il y a fixation d'heure et de lieu pour la tradition de la chose due. Fr. 114, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[26] Cette proposition, qui découle naturellement des principes, n'est point contredite par les

pothèse, la demeure cesse d'un côté et continue de l'autre (comme généralement toutes les fois qu'après la purgation de l'une des parties l'autre se trouve en demeure), c'est la dernière demeure qui produit des effets, *posterior mora nocet* [27]. — La purgation de la demeure, comme nous l'avons déjà dit, fait naturellement cesser les effets de la demeure pour l'avenir [28], mais elle ne réagit point sur les obligations qui ont pris naissance antérieurement à charge du coupable [29], à moins que les parties n'en soient expressément convenues ou que cette intention ne résulte forcément des circonstances [30].

§ 181. *Des intérêts*, usuræ †. — *Notion et introduction historique.*

Une chose peut avoir de l'utilité pour nous sous différents points de vue, entre autres, par l'usage que nous en faisons. Il en résulte que celui qui retient notre chose sans en avoir le droit nous prive non-seulement de la valeur de la chose même, mais encore de la valeur d'usage qu'elle aurait pu nous fournir. Cette valeur d'usage varie selon la nature de la chose dont il s'agit dans un cas donné ; mais par rapport aux choses fongibles, dont la valeur est uniforme dans chaque catégorie, on est naturellement amené à donner une valeur également uniforme à l'usage qu'elles peuvent présenter. Pour désigner cette valeur d'usage d'une quantité de choses fongibles et particulièrement d'une somme d'argent, les Romains se servent du mot *usuræ* [1], que nous rendons par un terme moins expressif, *intérêts*. D'après ce que nous avons dit sur les dommages et intérêts en

Fr. 17. *verb.* Quodsi D., *de periculo* 18, 6, et Fr. 51, pr. D., *emti* 19, 1. Ces textes appliquent simplement la règle générale, d'après laquelle, quand aucune partie n'est coupable, le *periculum* de la chose est pour l'acheteur, *emtori nocet*. D'ailleurs, comme le dit Fr. 51, pr. in f. D., *cité*, l'on ne peut faire aucun reproche au vendeur de n'avoir pas livré, tant que le prix ne lui a pas été payé ou au moins offert : « non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore. » C'est donc sans raison que l'édition de Haloander et quelques autres éditions lisent vers la fin de ce passage : « ipso *posteriorem* moram faciente emtore. »

[27] Fr. 17, D., *de periculo* 18, 6, et Fr. 51, pr. D., *emti* 19, 1, à la note précédente. — Fr. 26, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 72, pr. D., *de solutionibus* 46, 3. « ... doli mali exceptione se tueri potest, quamquam aliquando interpellatus non solverit... » — Fr. 72, § 1, D., *eodem*. — Cf. Fr. 73, § 2. Fr. 91, § 3. Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[28] *Voy.* les décisions citées aux notes 20-27. Le *morosus* réhabilité se défendra au moyen de l'*exceptio doli* contre la partie adverse qui tenterait de proroger indûment les effets de la demeure. Fr. 72, pr. D., *de solutionibus* 46, 3.

[29] Fr. 7, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 87, § 1, D., *de legatis II* (31), ci-dessus, note 19. — L. 6. 19, C., *de usuris* 4, 32.

[30] Comme dans l'hypothèse mentionnée ci-dessus, à la note 24, et toutes les fois que l'acte qui fait cesser la demeure implique extinction totale de la dette, à moins que, dans cette dernière hypothèse, le créancier n'ait fait des réserves efficaces. Cf. ci-après, § 182, note 19.

† Paul, II, 14. — Tit. D., *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora* 22, 1. — Tit. Th. C., *de usuris* 2, 33. — Tit. I. C., *eodem* 4, 32.

[1] Cette étymologie et l'idée qui lui sert de base se trouvent indiquées d'une manière plus ou

général, et spécialement sur la demeure, il paraîtra tout naturel qu'on ait imposé au débiteur en demeure l'obligation de payer l'intérêt de la somme d'argent ou d'autres choses fongibles dont l'usage est enlevé au créancier. Mais ce n'est pas là le seul cas dans lequel des intérêts peuvent être dus. Particulièrement celui qui prête de l'argent ou d'autres choses fongibles [2] peut se faire promettre des intérêts comme équivalent de l'usage qu'il accorde. — Nous trouvons à Rome, depuis les temps les plus reculés, le prêt d'argent à intérêt, *fenus* [3]. Il est probable que, dans le principe, la quotité des intérêts à payer par le débiteur se réglait par convention libre entre les parties, de même que l'on convient librement du loyer d'une maison ou de toute autre chose. Mais les prêteurs d'argent ne tardèrent pas à abuser des avantages de leur position, et de bonne heure, il s'établit à Rome un système d'usure exploité avec tant de cruauté qu'il fit éclater à plusieurs reprises des émeutes populaires assez sérieuses pour menacer jusqu'à l'existence de l'État. C'est pour mettre un frein à ces abus, qui se renouvelaient toujours, que les tribuns provoquèrent des mesures légales dont nous allons donner un aperçu rapide.

D'après Tacite, la loi des Douze Tables fixa le taux de l'intérêt à *unciarium fenus* [4]. Les anciens ne font pas connaître la valeur de ce terme. Parmi les hypothèses créées par les modernes à l'effet de l'expliquer, nous distinguons particulièrement les trois suivantes : 1° Dans les ouvrages des auteurs classiques et des jurisconsultes, nous trouvons que l'on comptait l'intérêt mensuellement et qu'on appelait *centesimæ usuræ* UN pour cent par mois. Or, *uncia* signifiant un douzième de l'unité, *unciarium fenus* devait être un douzième pour cent par mois, c'est-à-dire UN pour cent par an [5]. Ce système est évidemment inadmissible : d'abord il paraît

moins explicite dans les textes suivants : VARRON *de l. l.*, V, 183 (IV, 36 in f. Gothofr. – p. 50 Bip.) « ... *ex usu* usura dicta. » — ISIDORE, *Orig.*, V, 25. « ... Usura est incrementum fenoris, *ab usu* æris crediti nuncupata... » – Fr. 60, pr. D., *pro socio* 17, 2. « ... cum ea pecunia ipse *usus sit*, usuras quoque eum præstare debere Labeo ait. » Cf. Fr. 13, § 2, D., *emti* 19, 1.

[2] Des prêts à intérêt de choses fongibles autres que de *pecunia numerata*, sont fréquemment mentionnés. L. 1, Th. C., *de usuris* 2, 33. – L. 12. 16. 23. 26, § 1, C., *de usuris* 4, 32. – *Nov.* 34, c. 1.–Cf. ci-après, § 184, notes 1. 7. — Le Fr. 17, § 8, D., *h. t.* et la L. 25, C., *eodem*, semblent admettre des intérêts du chef d'une obligation principale, ayant pour objet des choses non fongibles; mais il est évident que dans les cas qui y sont traités, il y avait eu estimation pécuniaire de la prestation. Cf. L. 8, C., *si certum petatur* 4, 2, et Fr. 3, § 4, D., *h. t.*

[3] Les anciens font dériver ce terme, qui désigne le prêt même, aussi bien que l'intérêt promis, de *fetus*, par analogie du grec τόκος, *fruit*. AULU-GELLE, XVI, 12. « ... sicuti M. Varro in libro III *de sermone latino* scripsit... FENUS... a FETU et quasi a FETURA quadam pecuniæ parientis atque increscentis. » – FESTUS, v. *Fenus*. – NONIUS MARCELLUS, I, 266. V, 70. *Voy.* encore ci-après, § 234, notes 6. 7.

[4] TACITE, *Annales* VI, 16. « Nam primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur. » — *Voy.* aussi CATON, *de re rustica*, præfatio.

[5] *Voy.*, entre autres, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre XXII, chapitre XXII.

peu probable qu'un pareil taux de l'intérêt ait pu exciter les plaintes des débiteurs et produire même des révolutions; ensuite nous trouvons qu'après toutes les modifications faites pour alléger le fardeau qui pesait sur les débiteurs, le taux de l'intérêt était toujours beaucoup plus élevé. — 2° D'autres savants suivent le même mode de compter l'intérêt qui domine l'hypothèse précédente, c'est-à-dire par mois, mais ils rapportent le mot *uncia* au capital et non point aux intérêts : *uncia* serait donc un douzième du capital par mois ou douze douzièmes par an, c'est-à-dire, d'après notre langage, CENT pour cent. Cette hypothèse, dont le résultat est par trop effrayant, n'est appuyée d'aucun passage des auteurs anciens. — 3° Enfin Niebuhr considère également l'*uncia* comme une fraction du capital, mais il compte par an et non point par mois [6]. A l'appui de son système, il cherche à prouver que l'usage de compter l'intérêt par mois n'a été introduit à Rome que du temps de Sylla et par l'influence des mœurs grecques. *Unciarium fenus* serait donc un douzième du capital par an, c'est-à-dire 8 $\frac{1}{3}$ pour cent. Niebuhr croit que ce taux était originairement fixé pour l'ancienne année romaine de dix mois, de sorte que pour l'année de douze mois, il fallut ajouter un cinquième, ce qui donnait dix pour cent [7]. Cette explication ingénieuse semble d'autant plus plausible que deux documents importants indiquent d'une manière assez probable que *unciarium fenus* était la dixième partie du capital [8] et qu'elle s'accorde parfaitement avec les dispositions de l'ancien droit sur la restitution de la dot [9].

Tite-Live diffère de Tacite sur l'époque où le taux de l'intérêt aurait été fixé à *unciarium fenus;* il attribue cette fixation aux tribuns M. Duilius et L. Mænius, en 398 de Rome. Mais ces deux historiens sont d'accord pour nous apprendre que le taux de l'intérêt fut diminué de moitié en 408 de Rome, *semiunciarium fenus* [10].

[6] NIEBUHR, *Rœmische Geschichte,* t. II, p. 431 à 439 (t. V, pages 73-101 de la traduction de M. DE GOLBÉRY).

[7] On a prétendu que cette hypothèse est inadmissible, par la raison qu'il n'est pas à supposer que la loi des XII Tables ait encore compté selon l'ancienne année romaine. Cette objection est spécieuse, mais elle ne détruit point le raisonnement de Niebuhr. Car il se pourrait fort bien que le terme *unciarium fenus* datât de l'époque où l'ancienne année était encore en usage et qu'il eût été conservé plus tard, quoique la fraction ne fût plus exactement un douzième. C'est ainsi que nous appelons encore aujourd'hui *livre* une pièce d'argent qui est loin d'avoir le poids que son nom indique.

[8] Une inscription chez ORELLI, n° 1862, de l'an 608 de Rome, qualifie la *decuma* de *donum moribus antiquis pro usura.* Une indication analogue semble s'être trouvée chez FESTUS, v. « *Unciaria lex* dici cœpta est, quam L. Sulla et Qu. Pompeius tulerunt qua sanctum est, ut debitores decimam partem... » Niebuhr propose de remplir la lacune qui se trouve dans ce texte par les mots suivants : « ... sortis annuis usuris penderent. » D'après d'autres, la loi dont parle Festus aurait eu pour effet de faire remise aux débiteurs de la dixième partie du capital, ce qui paraît peu probable.

[9] *Voy.* ci-après, t. III, § 314 *in fine.*

[10] *A*) TITE-LIVE VII, 16. — *B*) TITE-LIVE, VII, 21. 27. — TACITE, *Annales,* VI, 16.

Enfin il paraît qu'une loi *Genucia* (413 de Rome) abolit le prêt à usure[11]. Mais il est facile de concevoir que cette loi dut entièrement manquer son effet et qu'elle finit par tomber en désuétude. Des lois postérieures portèrent encore à plusieurs reprises des restrictions à l'usure [12], mais elles furent inefficaces contre le mal qui allait toujours en augmentant [13], et dont les progrès furent singulièrement favorisés par l'usage de compter les intérêts par mois. Cet usage, qui s'introduisit vers la fin de la république[14], permit au créancier de joindre au capital l'intérêt échu du mois, et d'aggraver ainsi la dette dans une proportion effrayante par les intérêts composés [15]. Du temps de Cicéron, le taux ordinaire de l'intérêt était de huit à douze pour cent l'an [16]; mais il n'était pas rare de voir payer jusqu'à vingt-quatre et même quarante-huit pour cent [17]. Sous Auguste, si l'on peut en croire Dion Cassius, on aurait eu de la peine à placer de l'argent à quatre pour cent. Perse, qui mourut sous Néron, considère douze pour cent comme un intérêt usuraire [18], et des inscriptions sous Trajan constatent des prêts hypothécaires à cinq et même à deux et demi pour cent [19].

Centesimæ, c'est-à-dire UN du cent par mois ou douze pour cent par an [20], étaient, vers la fin de la république, les intérêts les plus élevés que les édits des gouverneurs provinciaux et la jurisprudence permissent

[11] TITE-LIVE, VII, 42. – TACITE, *Annales*, VI, 16. – Cf. APPIEN, *de bellis civilibus*, I, 54. — Il se pourrait que la loi *Genucia*, sans abolir pour l'avenir le prêt à usure, eût simplement eu pour but d'annuler les contrats qui existaient au moment où elle fut portée, comme l'avait fait, en 387, la loi de C. Licinius Stolo. TITE-LIVE, VI, 35. 39.

[12] *Lex Marcia*. GAIUS, IV, 23. Cf. PS. ASCON. *in divinat.* c. 7, et TITE-LIVE, VII, 21. — *Lex Sempronia* de 561. TITE-LIVE, XXV, 7. — *Lex Cornelia Pompeia unciaria*. FESTUS, v. *Unciaria lex*, ci-dessus, note 8. — *Lex Valeria* de 668. CIC., *pro Fonteio*, 1; VELL.-PAT., II, 23; SALLUSTE, *Catilina*, 34.—Deux lois *Juliæ Cæsaris* de 705. CÉSAR, *de bello civili*, III, 1. 20 in fine; SUÉTONE, *César*, 42; TACITE, *Annales*, VI, 16. 17; PLUTARQUE, *César*, 37.

[13] TITE-LIVE, XXXV, 7; *epit.* LXXIV. – APPIEN, *de bellis civilibus*, I, 54. – PLUTARQUE, *Cato maior*, 21.

[14] *Voy.* NIEBUHR, cité à la note 6. — Le payement des intérêts se faisait ordinairement aux kalendes, c'est-à-dire au premier jour du mois. HORACE, *Épodes*, II, 70; *Satires*, I, 3, 87. « tristes kalendæ ». C'est pourquoi le livre dans lequel on notait les intérêts à échoir s'appelait *kalendarium*. Fr. 41, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 88, pr. D., *de legatis II* (31), et ci-après, t. III, § 433, note 13.

[15] *Voy.* ci-après, § 184, notes 10. 11.

[16] CIC., *ad Atticum*, I, 12. V, 21.

[17] CIC., *ad Atticum*, V, 21, parle de sénatus-consultes qui autorisaient un prêt d'argent, fait par M. Brutus à la ville de Salamine à 48 pour cent.

[18] DION CASSIUS, LI, 21. Cf. SUÉTONE, *Octave*, 41. — PERSE, V, 150.

[19] *Voy.* les OBLIGATIONES PRÆDIORUM, que nous avons mentionnées ci-dessus, t. Ier, § 23, notes 9. 10. 11.

[20] Pour comprendre la manière des Romains de compter l'intérêt, il faut connaître la *division* de leur unité monétaire, *as*. *Voy.* les ouvrages de BALBUS et de VOLUSIUS MÆCIANUS, *de Assis distributione*, cités ci-dessus, t. I, p. 17. L'*as* était divisé en douze parties; la douzième partie s'appelait once, *uncia*. Les fractions de l'unité étaient désignées de la manière suivante : deux onces

de prendre [21] et c'est par cette raison qu'on qualifiait ce taux de légitime, *legitimæ useræ,* nom qui lui est resté même dans la législation de Justinien [22]. Plusieurs constitutions impériales le confirmèrent; Arcadius et Honorius le réduisirent pour les sénateurs à six pour cent, *semisses usuræ* [23]; enfin, d'après la législation de Justinien, ce dernier taux est le plus élevé qu'il soit, en général, permis de stipuler [24].

§ 182. *Dans quel cas les intérêts sont dus.*

Le payement d'intérêts suppose toujours entre le débiteur et le créancier un rapport obligatoire impliquant pour ce dernier privation de l'usage d'une valeur qui lui appartient ou lui est due. Cette privation peut avoir lieu avec le consentement du créancier ou bien, sans qu'il y ait eu consentement de sa part, ensuite d'une disposition légale; d'où la division en intérêts conventionnels (ou testamentaires) et intérêts légaux, que les auteurs modernes ont l'habitude de suivre. Bien que cette division soit toute naturelle, les Romains n'en font aucune mention; ils distinguent *usuræ quæ in obligatione sunt* et *usuræ quæ officio iudicis præstantur* [1], distinction basée sur la considération suivante. L'obligation de payer l'intérêt, nous l'avons dit plus haut, suppose toujours un rapport obligatoire impliquant pour le créancier privation d'une valeur pécuniaire: elle a un caractère essentiellement accessoire. Mais dans les obligations qui donnaient lieu à une *condictio certi* on ne pouvait laisser apparaître

s'appelaient *sextans,* c'est-à-dire un sixième; trois onces *quadrans* $= \frac{1}{4}$, et ainsi de suite *triens* $= \frac{1}{3}$; *quincunx*, c'est-à-dire cinq onces; *semis* $= \frac{1}{2}$; *septunx,* c'est-à-dire sept onces; *bes* $= \frac{8}{12}$ ou $\frac{2}{3}$; *dodrans* $= \frac{9}{12}$ ou $\frac{3}{4}$; *dextans* ou *decunx,* c'est-à-dire *decem unciæ,* $\frac{10}{12}$ ou $\frac{5}{6}$; *deunx,* c'est-à-dire l'*as* moins une once $= \frac{11}{12}$. Les multiples de l'*as* étaient désignés par les adjectifs de nombre distributifs, *binæ, trinæ, quaternæ,* etc. — D'après ce système, *quadrantes usuræ* étaient donc $\frac{3}{12} = \frac{1}{4}$ p. % par mois, ou 3 p. % par an; *trientes usuræ* étaient $\frac{4}{12} = \frac{1}{3}$ p. % par mois ou 4 p. % par an; *quincunces usuræ,* $\frac{5}{12}$ par mois ou 5 p. % par an; *semisses usuræ,* $\frac{6}{12} = \frac{1}{2}$ par mois ou 6 p. % par an; *besses usuræ,* $\frac{8}{12} = \frac{2}{3}$ p. % par mois ou 8 p. % par an; *centesimæ usuræ,* 1 p. % par mois ou 12 p. % par an; ensuite *binæ usuræ,* 2 p. % par mois ou 24 p. % par an; *trinæ usuræ,* 3 p. % par mois ou 36 p. % par an; *quaternæ usuræ,* 4 p. % par mois ou 48 p. % par an.

[21] Cic., *ad Atticum,* V, 21. VI, 1. 2. 3. — Plutarque, *Luculle,* 20. — Paul, II, 14, 2. — L. 1, 2. Th. C., *h. t.,* 2, 33. — L. 8, I. C., *si certum petatur* 4, 2.

[22] Toutefois la valeur des *legitimæ usuræ* s'était insensiblement modifiée par l'usage et avait été portée à 12 $\frac{1}{2}$ p. % $= \frac{1}{8}$ du capital. *Interpret. Visigoth. ad L.* 2, *Th. C., de usuris* 2, 33. « Tres siliquæ in anno per solidum. » Or *siliqua* est $\frac{1}{24}$ du *solidus.* — Isidore, *Orig.,* XVI, 24. — *Nov.* 32, c. 1, et *Nov.* 34, c. 1. — *Voy.* aussi ci-après, § 184, note 6.

[23] L. 3. 4. Th. C., *de usuris* 2, 33. — *Voy.,* en général, sur cette matière, les constitutions de Constantin, de Valentinien II, d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose II, contenues dans le Tit. Th. C. *de usuris* 2, 33.

[24] *Voy.* ci-après, § 184.

[1] Fr. 49, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 54, pr. D., *locati* 19, 2. — Fr. 58, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.

ce caractère, par la raison que le *certum* n'admet aucune augmentation éventuelle de l'objet de la demande : il y avait donc nécessité de contracter l'engagement de payer l'intérêt de manière à former un lien obligatoire indépendant et susceptible d'être poursuivi par une action séparée [2]. C'est ce qu'exprime la locution *usuræ quæ in obligatione sunt,* c'est-à-dire intérêts qui forment une obligation indépendante [3] ; tandis que l'on disait des intérêts qui conservaient entièrement leur caractère accessoire, qu'ils découlent de l'office du juge, *officio iudicis præstantur,* par la raison que le juge les attribue au créancier comme une conséquence de l'action qui sert à poursuivre l'obligation principale [4]. — Ces explications paraîtront plus claires après la lecture de l'analyse que nous allons donner des deux catégories décrites.

A) Usuræ quæ in obligatione consistunt. Cette catégorie ne comprend que des intérêts conventionnels et testamentaires : 1°) Celui qui concède à un autre l'usage d'une valeur peut se faire promettre des intérêts en échange de l'avantage qu'il accorde à l'emprunteur. Quand la valeur prêtée était un *certum,* cette promesse devait se faire par une convention conçue dans la forme usuelle de la *stipulatio,* d'où résultait une *condictio ex stipulatu* [5]. La forme de la stipulation demeura toujours, en principe, obligatoire pour les dettes d'argent [6] ; mais sous les empereurs, on finit par se contenter, pour certaines espèces de dettes d'argent et en général pour toutes dettes d'autres choses fongibles, d'un simple pacte [7], dont

[2] On comprendra cette nécessité, en combinant ce que nous dirons ci-après, § 195, n° 1 et § 246 avec les passages suivants : Gaius, IV, 53 in f. « Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet. » — Fr. 75, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, *certum* et *incertum* stipulatus videtur : et tot stipulationes sunt quot res. » — Fr. 8, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. « Ibi enim duæ stipulationes sunt. »

[3] L. 1, C., *de iudiciis* 3, 1, et les deux derniers passages cités à la note précédente.

[4] *Voy.* les textes cités ci-dessus, note 1, et ci-après, note 19.

[5] *Voy.* ci-après, § 246.

[6] *Voy.* ci-après, §§ 234. 246. Ce n'est pas que, dans ces cas, la promesse par simple pacte fût absolument inefficace; mais elle ne faisait naître qu'une obligation naturelle qui ne produisait guère d'autre effet que d'autoriser le créancier, à qui les intérêts avaient été volontairement payés, à les garder sans qu'il eût à craindre de les voir répéter comme indûment payés. Fr. 5, § 2 in f. D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 3. 4. 22, C., *de usuris* 4, 32. Cf. ci-après, § 193, note 5. — Il est, au reste, à remarquer que, déjà sous les Sévère, on commença à se relâcher, sous certains rapports, de la rigueur du principe, comme nous le verrons ci-après, § 249, note 2, en expliquant un passage célèbre de Paul, Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1. Ce passage, qui commence par les mots « Lecta est... cautio », et que, par ce motif, on appelle habituellement la Loi Lecta, est par les commentateurs compté parmi les *leges damnatæ* du Digeste, qualification donnée à sept textes de ce recueil qui présentent des difficultés d'interprétation. Le lecteur qui désire avoir des détails sur cette curiosité littéraire, les trouvera dans une dissertation de Corn. Van Eck, *De septem damnatis legibus Pandectarum seu crucibus ictorum,* insérée dans Meerman, *Novus thesaurus iuris,* t. VIII, p. 569-586.

[7] Dans un cas particulier, on se contente même d'une *pollicitatio.* Fr. 10, D., *de pollicitationibus* 50, 12, et ci-après, § 200, notes 1-4.

l'exécution se poursuivait par une *condictio ex lege* [8]. 2°) Le testateur qui fait un legs peut imposer à la personne grevée du legs l'obligation de servir les intérêts de la somme léguée jusqu'au moment où le payement s'effectuera [9].

B) Usuræ quæ officio iudicis præstantur. A cette catégorie appartiennent : 1° Les intérêts conventionnels promis à l'occasion d'un contrat de bonne foi en échange de l'usage accordé au débiteur [10]. Ces intérêts, constituant un accessoire de l'obligation contractuelle, se poursuivent par l'action du contrat [11]. 2° En général les intérêts légaux, c'est-à-dire ceux que la loi impose à celui qui, sans en avoir le droit, se trouve en possession d'une valeur qui appartient ou revient à un autre, notamment dans les cas suivants : *a*) le débiteur qui est en demeure doit l'intérêt à partir du moment où la demeure a commencé [12]. Sont exceptés de cette obligation : le fisc, le donateur envers le donataire et celui qui est condamné à une amende en faveur du fisc [13]. *b*) Le fisc, les mineurs, ainsi que les établissements de bienfaisance, lorsqu'il s'agit de legs pieux faits en leur faveur, peuvent exiger l'intérêt des sommes qui leur sont dues, alors même que les débiteurs ne seraient point en demeure [14]. *c*) Celui qui est chargé de l'administration des affaires d'autrui doit l'intérêt de l'argent reçu pour le compte du principal, s'il emploie l'argent à son profit [15]. Mais, par contre, il peut exiger l'intérêt des déboursés qu'il a faits dans

[8] *Voy.* ci-après, § 234, note 7 et § 252, notes 2. 3.

[9] Fr. 3, § 6, D., *de alimentis legatis* 33, 1. Nous verrons ci-après, t. III, § 414, n° 3 et § 423, que, dans l'ancien droit, les legs ayant pour objet la dation d'un *certum* se poursuivaient par une *condictio certi.*

[10] Exemples : L'acheteur et le bailleur qui se font promettre l'intérêt du prix de vente ou du loyer dû. L. 3, C., *ad Sc. Macedonianum* 4, 28. – L. 5, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54; Fr. 17, § 4, D., *de usuris* 22, 1. — Le mandataire qui s'engage à payer l'intérêt de l'argent qu'il touchera pour le mandant. Fr. 34, pr. D., *mandati* 17, 1. Cf. Fr. 24, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Le dépositaire qui promet de payer l'intérêt de l'argent déposé dont il usera. Ci-après, § 239 *in fine.* — Un pacte de ce genre est mentionné à propos d'un contrat innommé au Fr. 24, D., *cité.*

[11] *Voy.* ci-après, note 19.

[12] Gaius, II, 280. – Paul, III, 8, 4. – Fr. 25, § 1, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 60, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 32, § 2, D., *de usuris* 22, 1. « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur. » – Fr. 34. 37. 40, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 39, § 1, D., *de legatis I* (30). – Fr. 78, § 2. Fr. 84. 87, § 1, D., *de legatis II* (31). – Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 1, pr. D., *de pollicitationibus* 50, 12. – L. 2, C., *depositi* 4, 34. « Usuræ in depositi actione, sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis, ex mora venire solent. » – L. 1. 2, C., *de usuris et fructibus legatorum* 6, 47, et ci-après, t. III, § 422, B. — Cf. ci-dessus, § 180, note 9, et ci-après, § 184, notes 1. 2; § 195, n° 2.

[13] Fr. 17, § 5. Fr. 43, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 22, D., *de donationibus* 39, 5.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 179, note 12.

[15] *A*) Le mandataire doit même l'intérêt s'il néglige, contrairement à ses devoirs, de restituer ou de faire fructifier l'argent qu'il a reçu pour le mandant. *Voy.* ci-après, § 221, A, 2. Il en est de même du *negotiorum gestor*, du tuteur, du curateur et de l'administrateur public. *Voy.* ci-après, §§ 274. 347. 356, ainsi que Fr. 17, § 7, D., *h. t.*, et Fr. 9, pr. D., *de administr. rerum ad civitates*

l'intérêt de celui dont il gère les affaires [16]. *d*) L'acheteur à qui la chose achetée a été livrée sans qu'il ait payé le prix de vente exigible, doit l'intérêt de ce prix à partir du moment où il a eu la jouissance de la chose achetée [17]. *e*) Enfin, par une disposition particulière du droit romain, le défendeur condamné à payer une somme d'argent jouit d'un délai libre de quatre mois pour exécuter ce jugement. Passé ce délai, il doit les intérêts les plus élevés, *legitimæ usuræ* [18]. — Nous avons vu plus haut que les intérêts dont nous venons de parler diffèrent des *usuræ quæ in obligatione consistunt* en ce que ces derniers se poursuivent par une action indépendante, tandis que ceux qui découlent de l'office du juge sont adjugés comme l'accessoire de la demande qui tend à l'exécution de l'obligation principale. Cette différence qui, au premier abord, paraît purement formelle ne laisse pourtant pas que d'entraîner des conséquences pratiques, parmi lesquelles nous signalerons que les *usuræ ex officio iudicis* sont abandonnées à l'appréciation du juge et que le créancier ne peut plus les réclamer si l'obligation principale a été l'objet d'un jugement définitif dans lequel il n'a été tenu aucun compte des intérêts [19].

§ 183. *Quand l'obligation de payer les intérêts cesse.*

L'obligation de payer les intérêts cesse : 1° Par suite de l'extinction de la dette principale [1]. Il importe de faire observer ici que les offres réelles, suivies de consignations, équivalent au payement, et que de simples

pertinentium 50, 8. Les personnages nommés en dernier lieu doivent l'intérêt pénal de 12 p. %, s'ils emploient à leur propre profit les fonds qu'ils détiennent pour leurs administrés. *Voy.* ci-après, § 184, note 4. — *B*) L'intérêt ordinaire est dû par l'associé, le dépositaire, le créancier gagiste, s'ils emploient à leur profit l'argent qui appartient à la société, au déposant ou à la personne qui a donné le gage vendu. Fr. 1, § 1, D., *h. t.* – L. 4, C., *depositi* 4, 34. – Fr. 6, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. *Voy.* ci-après, §§ 226. 239. 242.

[16] Fr. 19, § 4, D., *de neg. gestis* 3, 5. – Fr. 12, § 9, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 67, § 2, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 3, § 1. 4, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. *Voy.* aussi les paragraphes auxquels renvoie la note précédente.

[17] *Voy.* ci-après, § 210, note 2.

[18] Tit. C., *de usuris rei iudicatæ* 7, 54. Cf. L. un. § 2, Th. C., *eodem* 4, 19. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 69, note 10.

[19] Fr. 49, § 1, D., *emti* 19, 1. « Pretii sorte, licet post moram, soluta, usuræ peti non possunt, cum hæ non sint in obligatione, sed officio iudicis præstentur. » – Fr. 54, pr. D., *locati* 19, 2. « .... Usuræ enim in bonæ fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicantur. » – Fr. 58, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. – L. 13. 26, pr. in f. C., *de usuris* 4, 32. – L. 4, C., *depositi* 4, 34. « Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere præstare. Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis condemnatio facta est : ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una : ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatæ exceptione repellitur. » — Mais *voy.* aussi Fr. 64, D., *de re iudicata* 42, 1, et Fr. 24, pr. D., *de appellationibus* 49, 1.

[1] Fr. 178, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cum principalis causa non existat, plerumque ne ea

offres réelles ont au moins pour effet de faire cesser le cours des intérêts [2]. — 2° Par suite d'une convention expresse ou d'une remise tacite [3]. Particulièrement si, pendant quelques années, le créancier a reçu sans protestation des intérêts moindres que ceux qui lui étaient dus, il est présumé avoir renoncé au droit d'en exiger de plus élevés [4]. — 3° Par la prescription. D'après les principes généraux, la prescription relative au capital ne devrait point exercer d'influence sur les intérêts échus, puisque le droit de demander ces derniers n'existe qu'au moment de leur échéance, et que l'action pour chaque annuité doit avoir une durée de trente ans [5]. Mais Justinien a modifié cette règle en statuant que la prescription de trente ans, opposée à l'action principale, aura également pour effet d'anéantir toute action relative aux intérêts échus [6]. — 4° Par la chose jugée pendant les quatre mois qui suivent le jugement [7]. —

quidem quæ sequuntur locum habent. » — Fr. 7, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 18, D., *de novat.* 46, 2. — L. 6. 19. 26, pr. C., *de usuris* 4, 32. — Fr. 11, § 12, D., *de compensationibus* 16, 2. — L. 4. 5. 7, C., *eodem* 4, 31. — L. 7, C., *de solutionibus* 8, 43. *Voy.* ci-après, §§ 289. 292. 294. 295 et 298.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 180, note 21, et ci-après, § 290, note 6.

[3] Fr. 17, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « Divus Pius ita rescripsit : Parum iuste præteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior videlicet apud eum esses, petendas non putasti. » — Fr. 54, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. « Vir usuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat easque non petierat : cum per omne tempus matrimonii sumtibus suis uxorem et eius familiam vir exhiberet, dote prælegata, sed et donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legato quidem dotis usuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas. »

[4] Fr. 13, pr. D., *de usuris* 22, 1. « Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores præstitit : heres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit quominus minores solvat. Quæro an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse, secundum ea quæ proponerentur, obstare exceptionem. » Par analogie, le Fr. 6, pr. D., *eodem,* décide que l'obligation de payer les intérêts peut être présumée lorsque, sans aucune convention, le débiteur a payé des intérêts pendant longtemps. « Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quæstio moveretur, Imperator Antoninus ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset. » Pareille présomption ne doit cependant être admise qu'avec une grande réserve, car en général : « Creditor instrumentis suis probare debet quæ intendit, et usuras se stipulatum, si potest. Nec enim, si aliquando ex consensu præstitæ sunt, obligationem constituunt. » L. 7, C., *de usuris* 4, 32.

[5] Arg. Fr. 75, § 9, D., *de verbor. oblig.* 45, 1. « Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur et tot stipulationes sunt, quot res sunt. » — L. 1, C., *de iudiciis* 3, 1. « Iudicio cœpto usurarum stipulatio non est peremta. » Cette règle ne saurait s'appliquer aux *usuræ quæ officio iudicis præstantur. Voy.* ci-dessus, § 182, note 19.

[6] L. 26, pr. C., *de usuris* 4, 32. « Eos qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, iubemus non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere questionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi quæ non ad triginta vel quadraginta præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere. »

[7] L. 3, pr. C., *de usuris rei iudicatæ* 7, 54. « .... Si enim novatur iudicati actione prior contractus, necesse est usurarum quidem, quæ anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi... » *Voy.* ci-dessus, § 182, note 18.

5° Lorsque les intérêts échus s'élèvent à une somme égale au capital qui les a produits [8].

§ 184. *Du taux de l'intérêt et des intérêts prohibés.*

L'intérêt peut consister en une somme de choses fongibles de la même nature que l'objet de l'obligation principale [1], mais il se paye habituellement en argent monnayé. A l'égard de ce dernier, le législateur a tracé certaines limites qu'il n'est pas permis de dépasser.

A) Intérêts légaux. Les intérêts résultant de la demeure se réglaient généralement d'après l'usage des lieux, sans pouvoir excéder le taux établi par la loi [2]. Justinien en fixa le maximum à six pour cent, *semisses usuræ* [3]. Parfois cependant, quand des intérêts sont dus à titre de peine, ils sont portés au taux le plus élevé, particulièrement lorsque l'obligation de les payer résulte de la chose jugée, et lorsque le gérant d'affaires, le tuteur ou l'administraieur public emploient à leur profit l'argent de leurs administrés [4]. De même celui qui fait réparer un bâtiment qui lui est commun avec d'autres peut exiger de ses copropriétaires douze pour cent de ses déboursés [5].

B) Intérêts conventionnels. Après de grandes variations législatives que nous avons mentionnées au § 181, Justinien fixa le taux de l'intérêt conventionnel à six pour cent, *semisses usuræ*, tout en permettant aux négociants et industriels de se faire promettre jusqu'à huit pour cent [6].

[8] *Voy.* ci-après, § 184, notes 8. 9.

[1] Dans les L. 1, Th. C., *de usuris* 2, 33; L. 23, I. C., *eodem* 4, 32; *Nov.* 34, c. 1, il est question de prêts de denrées, dont l'intérêt est *eiusdem materiæ;* la L. 16, C., *eodem,* parle même d'un prêt d'argent dont l'intérêt se paye en froment.

[2] Fr. 1, pr. Fr. 37, D., *h. t.* – Fr. 10, § 3, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 3, § 1, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4.

[3] L. 26, § 1, C., *h. t.*, 4, 32. Exceptionnellement, 1° celui qui est tenu de payer les intérêts d'un legs ne doit que 3 pour cent. L. 12, pr. C., *de petitione hereditatis* 3. 31, et ci-après, t. III, § 408 *in fine;* § 422, B. — 2° Les obligations dotales ne portent que 4 pour cent. L. 31, § 2, C., *de iure dotium* 5, 12. – L. 1, § 7, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. *Voy.* ci-après, t. III, § 312, vers la fin.

[4] *A*) Tit. C., *de usuris rei iudicatæ* 7, 14. Cf. L. 1, § 2, Th. C., *eodem,* 4, 19, et ci-dessus, § 182, note 8. — *B*) Fr. 38, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 54, D., *de administratione et periculo tutorum* 26, 7. Le mandataire ne doit, en pareil cas, que les intérêts ordinaires. Fr. 10, § 3, D., *mandati* 17, 1. Cf. ci-dessus § 182, note 15.

[5] Fr. 52, § 10, D., *pro socio* 17, 2. – L. 4, C., *de ædificiis privatis* 8, 10. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 116, n° X.

[6] L. 26, § 1, C., *h. t.* — Le taux permis par la loi est appelé *legitimus modus,* et l'on qualifie de *legitimæ usuræ* les intérêts qui y sont conformes (Fr. 10, § 3, D., *mandati* 17, 1. – L. 14, 15. 16, C., *de usuris* 4, 32 et *passim*); bien que, dans une autre acception, le terme *legitimæ usuræ* désigne le taux élevé de 12 ou 12 1/2 pour cent. *Voy.* ci-dessus, § 181, note 22, ainsi que Fr. 4, § 1, D., *de nautico fenore* 22, 2. – Fr. 54, D., *de admin. tutorum* 27, 7, combiné avec L. 1, C., *de usuris pupillaribus* 5, 56 et *passim.*

Exceptionnellement on peut stipuler jusqu'à douze et demi du cent pour de l'argent qui doit être expédié outre mer, *pecunia traiectitia*. Le même taux est permis dans le prêt de choses fongibles autres que l'argent [7]. — Dans les limites tracées par ces règles, les parties peuvent stipuler comme bon leur semble; toutefois des lois particulières ont introduit les deux restrictions suivantes : 1) Il n'est pas permis de demander les intérêts qui excèdent le montant du capital, *ultra alterum tantum*. Déjà du temps des jurisconsultes classiques, le créancier ne pouvait exiger les intérêts arriérés non payés dont le total égalait ou dépassait le capital [8]. Justinien modifia et étendit cette disposition, en statuant que le débiteur serait libéré de toute obligation de servir l'intérêt dès que le capital prêté serait resté assez longtemps entre ses mains pour que les intérêts à payer atteignissent le chiffre du capital [9]. 2) Les intérêts ne se payent que du capital. Il est défendu de prendre l'intérêt des intérêts, *anatocismus*. Cette défense date d'une époque assez reculée [10], mais elle fut fréquemment éludée. C'est pourquoi plusieurs constitutions impériales la renouvelèrent et l'étendirent à toute opération qui aurait pour résultat de faire payer au débiteur l'intérêt composé, soit directement, soit indirectement, en ajoutant les intérêts au capital ou en les laissant au débiteur comme un prêt nouveau [11].

Tout acte qui a pour but de faire payer des intérêts plus élevés que

[7] L. 26, § 1, C., *de usuris* 4, 32. « In traiectitiis autem contractibus, vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo stipulari... » (Species est synonyme de *fructus, frumentum, annona*. Cf. Dirksen, *Manuale latinitatis*, h. v.). — *Voy.* aussi ci-après, § 235.

[8] Fr. 26, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. « Supra duplum autem usuræ, et usurarum usuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt; et solutæ repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usuræ. » — Fr. 9, pr. D., *de usuris* 22, 1. — L. 10, C., *eodem* 4, 32. « Usuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. » — L. 27, § 1, C., *eodem*.

[9] L. 29. 30, C., *eodem*. et *Nov.* 121. 138. Exception en faveur des villes, *Nov.* 160. — Ces lois, qui avaient pour but de favoriser le débiteur, mais qui de fait devaient, dans la plupart des cas, amener un effet tout à fait opposé, ont eu le sort qu'elles méritaient. Elles ne sont pas glosées, et n'ont, par conséquent, point été reçues en Europe.

[10] Varron, de *l. l.*, V, 183 (IV, 36 in f. Gothofr. — p. 50 Bip.). — Tite-Live, II, 23. VI, 14. — Festus, v. *Versuram*. — Cicéron, dans son gouvernement de Cilicie, avait permis de joindre au capital l'intérêt échu de l'année, *anatocismus anniversarius* (Cic. *ad Atticum*, V, 21, 11. 12. VI, 1, 5. VI, 2, 7); mais vers le même temps, un sénatusconsulte paraît avoir prohibé cet usage, en statuant « ut centesimæ perpetuo fenore ducerentur. » Le même, *ibidem*, V, 21, 13.

[11] Fr. 26, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6, ci-dessus, note 8. — Fr. 27, D., *de re iudicata* 42, 1. « Præses provinciæ in usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones... » — L. 3, C., *de usuris rei iudicatæ* 7, 54. — L. 28, C., *h. t.* « Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras præteriti temporis vel futuri *in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari*. Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire : sorti autem antiquæ tantummodo incrementum usurarum accedere. » — *Voy.*, pour les divers cas qui peuvent se présenter, Fr. 12, § 9 in f., D., *mandati* 17, 1. — Fr. 37, D., *de usuris* 22, 1.

ceux qui sont autorisés par la loi, ou d'éluder les restrictions dont nous venons de parler, est radicalement nul. Ce qui a été promis de trop ne peut être demandé par le créancier : ce qui a été payé de trop par le débiteur peut être répété comme indûment payé, ou être imputé sur le capital. De plus, l'usurier est frappé de la peine de l'infamie [12].

§ 185. *De l'escompte*, interusurium, commodum temporis sive repræsentationis.

L'intérêt est donné au créancier pour le dédommager de la privation que le débiteur lui fait éprouver en retenant l'argent qu'il doit. Par la même raison, il paraît équitable d'accorder un dédommagement au débiteur qui paye avant le terme, et procure ainsi au créancier une valeur d'usage qu'il n'était pas tenu de lui donner : car il est évident que le débiteur, en gardant l'argent par devers lui jusqu'au terme fixé, aurait pu en tirer un bénéfice qui, par suite du payement anticipé, pourra être réalisé par le créancier. En payant la somme entière avant l'échéance, le débiteur payerait donc plus qu'il ne doit, *plus tempore* [1], et il serait juste de déduire du capital intégral une somme qui représente cet excédant. Cette somme est appelée par les Romains *interusurium*, *repræsentatio*, *commodum temporis medii vel repræsentationis* [2], et, dans le langage moderne, escompte.

Nos lois ne nous donnent pas de règles certaines sur la manière dont l'escompte doit être calculé. Les auteurs modernes ont imaginé à cet égard trois systèmes différents que nous allons exposer succinctement :

1. D'après les uns, on décompte tout simplement les intérêts de la somme à payer pendant le temps dont il s'agit, et c'est la somme de ces intérêts qui représente l'*interusurium* [3]. Ce système peut être appliqué de

[12] Fr. 26, pr. § 1, D., *de condictione indebiti* 12, 6. – Fr. 13, § 26, D., *emti* 19, 1. – Fr. 9, pr. Fr. 29. 44, D., *h. t.* – L. 18. 26, § 1, C., *h. t.* – L. 3, C., *de usuris rei iud.* 7, 54. – L. 20, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12. — Sous la République, nous trouvons des poursuites publiques dirigées contre des usuriers. Tite-Live, VII, 28. X, 23. XXXV, 41. — La loi des Douze Tables et une loi *Marcia*, du commencement du cinquième siècle, paraissent avoir frappé l'usurier de la même peine que le voleur manifeste, en lui imposant l'obligation de restituer le quadruple, sanction pénale qui se retrouve dans une loi de Valentinien, Théodose et Arcadius. Varron, *de re rustica*, præf. « Maiores nostri hoc sic habuerunt et ita in legibus posuerunt : furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanti peiorem civem existimaverint feneratorem quam furem, hinc licet existimare. » – Ps. Asconius *in divinat.*, c. 7. p. 111,1 Orelli. – Gaius, IV, 23. – L. 2, Th. C., *de usuris* 2, 23.

[1] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 75, note 21.

[2] Interusurium. Fr. 9, § 8, D., *de peculio* 15, 1. – Fr. 66, pr. D., *ad legem Falc.* 35, 2. — Repræsentatio. Fr. 24, § 2, D., *soluto matr.* 24, 3. – Fr. 88, § 5, D., *de legatis I* (30). — Commodum repræsentationis. Fr. 1, § 12, D., *de dote prælegata* 33, 4. — Commodum temporis, medii temporis. Fr. 24, § 2, D., *soluto matrimonio* 24, 3. – Fr. 82, pr. D., *de legatis II* (31).

[3] L'*interusurium* serait donc égal aux intérêts du capital, de sorte que la somme à payer

deux manières différentes : *A*) On décompte globalement les intérêts de la somme entière et pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à l'échéance. Par exemple : d'une somme de 10,000, payable dans trois ans, on déduit trois fois 500 (l'intérêt étant de cinq pour cent), soit 1,500 à titre d'escompte; de sorte que le débiteur qui payerait sur-le-champ n'aurait à donner que 10,000—1,500=8,500. — *B*) On décompte année par année. Ainsi quand il s'agit de la même somme payable à la même époque, on décompte d'abord l'intérêt de la troisième année, soit 500, de sorte qu'il reste 9,500 comme capital de la seconde année. De cette somme on déduit l'intérêt de l'année, soit 475, de manière qu'il reste 9,025 pour la première année. De ce capital il faut encore décompter l'intérêt annuel, soit 451,25, ce qui fait que la somme à payer actuellement est de 8573,75; en d'autres termes, l'*interusurium* des trois ans s'élève à 1426,25. — Le principe qui sert de base à ces deux méthodes est évidemment erroné; car la somme payée par le débiteur, si elle était placée à intérêt pendant le temps pour lequel on calcule l'escompte, serait loin de produire le capital originaire. Bien plus, d'après la méthode *sub littera A,* si le temps intermédiaire comprend un nombre d'années assez considérable pour produire en intérêts une somme égale à celle du capital originaire (par exemple, vingt ans à cinq pour cent), le débiteur se trouvera ne rien devoir; et si ce temps était plus long, l'*interusurium* excéderait le capital, de manière que le débiteur, loin de payer, devrait recevoir une somme de son créancier.

2. Le second système part d'un principe plus juste, en cherchant un nombre inconnu, lequel, avec les intérêts qu'il produirait pendant le temps intermédiaire, forme le capital dont il s'agit de calculer l'*interusurium* [4]. L'escompte est donc représenté par l'intérêt du nombre inconnu. Par exemple : Si le débiteur voulait rembourser aujourd'hui une somme de 10,000 payable dans trois ans, il ne devrait donner que 8695,65; car cette somme avec les intérêts qu'elle produirait pendant trois ans est égale à 10,000. L'*interusurium* serait donc de 1304,35.

3. Quoique la base du second système soit juste, il laisse cependant à désirer; car, pour nous en tenir à l'exemple cité, s'il est vrai que la somme inconnue peut porter annuellement son intérêt, il est également évident que l'intérêt qu'elle donne la première année peut à son tour produire de l'intérêt, et ainsi de suite. C'est pourquoi Leibnitz a proposé de prendre

est = capital, moins les intérêts du capital. Les auteurs allemands ont l'habitude de donner à ce système le nom de Carpzov, jurisconsulte saxon du XVIIe siècle, qui le recommande dans ses *Decisiones*, Pars 3, decisio 275.

[4] Si nous appelons x ce nombre inconnu qui représente la somme à payer actuellement, x + intérêts de x = capital. Dans les auteurs allemands, ce système porte le nom de Hoffmann, jurisconsulte qui mourut dans la première moitié du XVIIIe siècle.

un chiffre inconnu, qui avec l'intérêt des intérêts (intérêt composé) serait égal au capital originaire. D'après ce système, le débiteur donnerait donc, dans l'exemple cité, la somme de 8638,37, laquelle, avec l'intérêt composé de trois ans, est égale à 10,000 francs [5].

Le premier de ces trois systèmes, bien qu'il soit entièrement faux, est cependant généralement en usage dans le commerce. La raison en est en partie que les calculs qu'il exige sont peu difficiles. Il se trouve également appliqué dans un passage du Digeste, tandis qu'un autre passage de la même compilation semble consacrer le second système [6]. Le troisième est certes théoriquement le plus exact, mais il ne paraît pas avoir été connu des Romains, et il faut bien convenir qu'il n'est pas complétement vrai au point de vue pratique; car il n'est pas toujours possible de trouver sur-le-champ un placement convenable et à intérêt pour des sommes de peu d'importance.

Il nous reste à indiquer quelques cas dans lesquels il y a lieu de déduire l'*interusurium*. Car, malgré l'équité évidente qui domine cette matière, il est rare qu'on soit obligé d'en faire usage. En effet, le créancier ne peut être forcé d'accepter le payement de la dette avant l'échéance, et de subir de ce chef une réduction : le débiteur qui paye avant l'échéance est cencé renoncer au bénéfice du terme [7]. Cependant il va sans dire que les parties peuvent convenir que le débiteur payera avant l'échéance et que, de ce chef, il pourra opérer une retenue; et si, dans ce cas, la retenue n'est pas fixée d'avance d'un commun accord entre les parties, il faut bien en déterminer la quotité d'après les règles que nous venons d'indiquer. En outre, il peut arriver qu'on soit obligé de rechercher la valeur actuelle d'un capital qui n'est payable que dans un certain temps, et dans ce cas, la différence entre la valeur actuelle et la valeur nominale n'est autre chose que le *commodum medii temporis* ou l'*interusurium* [8].

[5] D'après ce système de Leibnitz, x + intérêt composé de x = capital originaire.

[6] Fr. 3, § 1. Fr. 88, § 3, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2.

[7] Arg. Fr. 88, § 5, D., *de legatis II* (31) et Fr. 122, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-après, § 205, II. — Il y a cependant une exception à cette règle : Le mari qui doit restituer la dot après la dissolution du mariage jouit à cet égard de certains délais auxquels il peut renoncer en réclamant le bénéfice de l'*interusurium*. « Nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repræsentatione deductionem. » Fr. 24, § 2, D., *soluto matrimonio* 24, 3. *Voy.* ci-après, t. III, § 313 *in fine*.

[8] Les lois romaines en font application à propos de la rescision des ventes faites en fraude des droits des créanciers, de la restitution anticipée de la dot, de l'évaluation de la Falcidie et du legs d'une créance ou d'une dette à terme. Fr. 10, § 12. Fr. 17, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. — Fr. 24, § 2, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 1, § 16. Fr. 45, pr. Fr. 66 pr. Fr. 88, § 3, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. Cf. ci-après, § 300, note 32, et t. III, § 313 *in fine;* § 425, B; §§ 434. 436. — D'autres applications peuvent se présenter encore aujourd'hui, à propos de la loi Anastasienne, de la rescision du contrat de vente pour cause de lésion d'outre moitié, de la rescision d'une donation ou d'un testament inofficieux. *Voy.* ci-après, §§ 190 *in fine;* 214; 255 et t. III, § 391,

DES PERSONNES QUI INTERVIENNENT DANS UNE OBLIGATION.

§ 186. *Observations générales. — De l'obligation solidaire ou corréale.*

Toute obligation suppose nécessairement deux personnes déterminées, l'une à qui le droit compète, l'autre qui est tenue de faire une prestation en faveur de la première. Les Romains désignent ces personnes par les noms de *creditor* et *debitor*; ils se servent aussi du mot *reus* pour désigner l'une et l'autre de ces personnes, quoique ce mot soit de préférence appliqué au débiteur [1]. — Il peut se faire que de chaque côté il y ait plus d'une personne, en d'autres termes, qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs par rapport à la même prestation. En réalité, il y a dans pareil cas autant d'obligations différentes qu'il y a de créanciers et de débiteurs respectifs; seulement ces obligations sont exprimées en une seule convention. Il s'agit alors de déterminer la part qui revient à chacune des parties dans la prestation qui fait l'objet de l'obligation. Dans le doute, on présume que les parts sont égales [2].

† Cependant le droit romain a créé une exception à cette règle générale. Il admet qu'il puisse y avoir plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs de la même obligation, c'est-à-dire que chacun des créanciers ait le droit d'exiger pour lui seul l'exécution de l'obligation entière, ou que

notes 13. 23, ainsi que dans les opérations de change et dans les adjudications publiques, quand de deux soumissions l'une est faite à condition que le payement aura lieu sur-le-champ, tandis que, dans l'autre, il est accordé un délai pour le payement. Dans ce cas, il s'agit de déterminer la valeur *actuelle* de la somme demandée par le second soumissionnaire. Arg. Fr. 15, § 1, D., *de in diem addictione*, 18, 2.

[1] Festus, v. *Reus* nunc dicitur qui causam dicit, et item qui quid promisit, spoponditve, ac debet. At Ælius Gallus libro II significationum verborum quæ ad ius pertinent ait : Reus est qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum sit. Reus stipulando... reus promittendo... » *Voy.* aussi Fr. 1, D., *de duobus reis* 45, 2, et les deux notes suivantes.

[2] Fr. 11, § 1. 2, D., *de duobus reis stipulandi* 45, 2. « 1. Cum tabulis esset comprehensum, *illum et illum centum aureos stipulatos* neque adiectum, *ita ut duo rei stipulandi essent*, virilem partem singuli stipulati videbantur. 2. Et e contrario cum ita cautum inveniretur, *tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Divus*, partes viriles deberi : quia non fuerat adiectum singulos in solido spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. » — Fr. 15, § 1 in f. D., *de operis libertorum* 38, 1. — Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1. « Paulus respondit, eos qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt pro portione virili ex causa iudicati conveniri, et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona ceterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse. » — Fr. 10, § 3, D., *de appellationibus* 49, 1. — L. 4, C., *de verborum significatione* 6, 38. — Tit. C., *si plures una sententia condemnati sunt* 7, 53. *Voy.* aussi *Nov.* 115, c. 6, et Auth. *Si quando*, C., *de constituta pecunia* 4, 18.

† Le siége principal de cette matière se trouve dans les Tit. I, *de duobus reis stipulandi et promittendi* 3, 16. — Tit. D., *de duobus reis constituendis* 45, 2. — Tit. C., *de duobus reis stipulandi et promittendi* 8, 40. — Nous avons à signaler parmi les publications recentes sur cette matière l'ouvrage de M. Demangeat, *des Obligations solidaires en droit romain*. Paris, 1859.

chacun des débiteurs soit tenu de faire toute la prestation. L'origine de cette institution particulière se trouve sans doute dans la *stipulatio*, forme civile que les Romains employaient pour donner force exécutoire à une promesse. Aussi désignent-ils, dans ces cas, les coïntéressés par les noms de *correi* ou *duo rei stipulandi* quand il s'agit des créanciers, et *correi promittendi* quand il s'agit des débiteurs [3]. Les modernes donnent à ces rapports le nom d'obligation solidaire, par la raison que chacun des créanciers peut poursuivre l'exécution *in solidum*, et que chaque débiteur en est tenu de la même manière [4].

En appliquant cette notion aux divers cas qui peuvent se présenter, nous obtenons les trois hypothèses suivantes : 1° Solidarité ou corréalité de la part des créanciers. 2° Solidarité ou corréalité de la part des débiteurs. 3° Solidarité ou corréalité de la part des uns et des autres. Nous n'avons pas besoin de nous occuper spécialement de la troisième espèce, puisqu'elle n'est autre chose que la combinaison des deux premières.

L'obligation solidaire suppose nécessairement identité de la prestation pour tous les intéressés [5]. Mais rien ne s'oppose à ce que la modalité du

[3] *Voy.* la note précédente. Le terme *duo rei*, quoique moins exact, est beaucoup plus usité que le mot *correi*, qui se rencontre au Fr. 3, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3. — Bien que les expressions *stipulari* et *promittere* soient propres au genre spécial de conventions, appelé *stipulatio* (ci-après, § 245), les Romains emploient cependant aussi la locution *duo rei promittendi*, quand l'obligation provient d'un engagement appartenant à une autre catégorie de conventions, par exemple, dans le Fr. 9, pr. D., *de duobus reis*, ci-après, note 10. Les commentateurs ont l'habitude de dire *correi credendi* et *debendi*, d'après le Fr. 34, pr. D., *de receptis* 4, 8, où nous lisons : « duo rei credendi aut debendi ».

[4] Le terme *obligation solidaire*, bien qu'il soit généralement usité, est fort mal choisi, comme la plupart des termes techniques qui tirent leur origine, non pas de la nature de l'institution à laquelle ils s'appliquent, mais des effets qu'elle peut produire. Aussi a-t-il donné lieu à bien des erreurs. Ainsi des commentateurs se sont crus autorisés à admettre une obligation corréale toutes les fois que de plusieurs débiteurs l'un ou l'autre peut être poursuivi *in solidum*. Cependant nous verrons, ci-après, qu'il y a beaucoup de cas dans lesquels cette particularité se rencontre, sans qu'il y ait corréalité. Souvent même les mots *in solidum* sont employés quand il s'agit d'un *seul* débiteur, pour indiquer, par exemple, qu'il ne peut exiger de n'être condamné que *in quantum facere potest*, ou *in quantum locupletior factus est*, etc. Parmi le grand nombre de passages dans lesquels la locution *in solidum* se rencontre dans cette acception, nous nous bornerons à citer les suivants : Fr. 23. 41, pr. § 1. 2. Fr. 23. 51. 52, D., *de re iudicata* 42, 1. Cf. Fr. 19, § 1. Fr. 25, D., *eodem*. — Fr. 1, pr. Fr. 5, pr. D., *de in rem verso* 15, 3. Cf. Fr. 25, § 11, D., *de heredit. petit.* 5, 3. — Gaius, IV, 71. — § 1. 2. 5, I., *quod cum eo qui in aliena potestate* 4, 7. — Fr. 4, pr. Fr. 7, D., *eodem* 14, 5. — Fr. 1, pr. Fr. 36. 44, D., *de peculio* 15, 1. — Fr. 77, § 6, D., *de legatis II* (31). — Fr. 2, pr. D., *de noxal. act.* 9, 4. — Fr. 152, § 3. Fr. 157, § 2, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Ajoutons que, dans les actions pénales, résultant d'un délit commis par plusieurs, la locution *in solidum* est employée pour désigner que la peine peut être poursuivie et exécutée pour le tout contre chacun des coupables, sans que le payement effectué par l'un d'eux ait pour effet de libérer les autres. Fr. 21, § 9, D., *de furtis* 47, 2 ; L. 1, C., *de condict. furtiva* 4, 8, et ci-après, § 267, note 17.

[5] § 1, I., *de duobus reis* 3, 16. « Ex huiusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione UNA res

lien soit différente pour les différents *correi*. Ainsi, de plusieurs débiteurs solidaires, l'un peut être tenu purement et simplement, un autre peut l'être conditionnellement, un troisième peut jouir d'un terme; le lieu du payement peut être différent pour les divers débiteurs. Les mêmes modifications peuvent avoir lieu à l'égard de plusieurs créanciers solidaires [6],

La solidarité ne se présume point [7]. Elle peut être établie entre plusieurs créanciers par convention ou par disposition de dernière volonté [8]. Elle peut naître de la même manière entre plusieurs débiteurs [9]; mais

vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, et omnes liberat. » — Fr. 9, pr. Fr. 21, § 5, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 1, § 8, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 116, D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... rei EIÜSDEM obligationis... » — Fr. 3, § 1, D., *de duobus reis* 45, 2. « ... Utique enim, cum UNA sit obligatio, UNA et summa est : ut, sive unus solvat, omnes liberantur : sive solvatur ab altero, liberatio contingat. » — Fr. 9, § 1, D., *eodem.* « Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur ut ab altero culpa quoque præstaretur : verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio... » — Fr. 15, D., *eodem.* « Idem ait et si Titius et Seius *decem aut Stichum*, qui Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi : cum Titio decem tantum, Seio Stichus aut decem debeantur... » — Fr. 116, D., *eodem.* — Fr. 21, § 4. Fr. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 34, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 16, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 14, D., *ratam rem haberi* 46, 8. — Dans plusieurs fragments du Digeste, il est, à la vérité, question de *duæ* ou *plures obligationes*. Mais ces passages ne contredisent point ceux que nous venons de citer; ces locutions expriment tout simplement qu'il y a deux ou plusieurs créanciers ou débiteurs, comme le dit clairement le § 1, I., *cité.* « In UTRAQUE obligatione UNA RES vertitur. » *Voy.* encore Fr. 3, pr. Fr. 9, § 2, D., *h. t.* — Fr. 128, D., *de verbis obl.* 45, 1. — Fr. 5, *verbis* Refert autem D., *de fideiussoribus* 46, 1.

[6] § 2, I., *h. t.* — Fr. 7. 9, § 2, D., *eodem.* Mais la prestation même doit être identique. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* « Sed si quis, in deponendo penes duos, paciscatur ut ab altero culpa quoque præstaretur, verius est, non esse duos reos a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem *rel.* » — Fr. 15, D., *eodem.* — Au Fr. 116, D., *de verb. obl.* 45, 1, Papinien semble dénier la corréalité par la raison que l'un des débiteurs doit *pure* et l'autre *sub condicione;* mais c'est une rédaction inexacte. Dans l'exemple cité, la corréalité fait défaut pour d'autres raisons, entre autres parce que les deux stipulations n'ont pas été faites ensemble. « Decem stipulatus a Titio, POSTEA... si a Mævio stipularis. » Cf. ci-après, § 246, note 32.

[7] Fr. 11, § 2, D., *de duobus reis* 45, 2. « ... Partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. » — L. 5. 9. 12, C., *si certum petatur* 4, 2. — Cf. *Nov.* 99, c. 1.

[8] Pr. I., *de duobus reis* 3, 16. — Fr. 1, § 44, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 16. 24, D., *de legatis II* (31), combinés avec L. 4, C., *de verborum et rerum signif.* 6, 38, et ci-après, t. III, § 419, c. — Entre créanciers il n'y a point de corréalité légale. Il est vrai que de plusieurs banquiers associés chacun a le droit de poursuivre seul la rentrée des créances sociales, mais ce privilége, créé par des constitutions impériales, n'implique point corréalité. Fr. 27, pr. D., *de pactis* 2, 14, et ci-après, § 294, note 5. Cf. Fr. 34, pr. D., *de receptis* 4, 8, et Fr. 9, pr. D., *de pactis* 2, 14, ci-après, § 301, note 1.

[9] Il est probable que, dans le principe, la stipulation était l'unique mode entre-vifs de créer une obligation corréale. (Voir ci-après, § 246.) Mais on admit par la suite que le même résultat peut être obtenu par une convention particulière, insérée dans toute autre obligation contractuelle. Fr. 9, pr. D., *de duobus reis* 45, 2. « Eamdem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi : FIUNT DUO REI PROMITTENDI, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit : TITIUS ET MÆVIUS SEMPRONIO DECEM DATO. » Vers la fin de ce texte il faut évidemment lire TITIUS AUT MÆVIUS au lieu de TITIUS ET MÆVIUS. Cf. ci-après, t. III, § 419, B. — Fr. 9,

à leur égard, elle a aussi lieu de plein droit en vertu de dispositions légales [10] : 1° quand il s'agit de la réparation du dommage résultant d'un fait délictueux dont plusieurs personnes sont responsables [11]; 2° entre cotuteurs et entre plusieurs personnes qui se sont conjointement portées cautions [12]. 3° Entre plusieurs banquiers associés ensemble [13]; 4° entre plusieurs mandants et particulièrement entre plusieurs personnes qui ont constitué conjointement un facteur de commerce ou un capitaine de navire [14]; 5° enfin la solidarité peut être établie par un jugement [15].

§ 1, D., *eodem.* — Fr. 7, § 5, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 7, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 16, pr. D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Fr. 13, § 9. Fr. 47, D., *locati* 19, 2. — Fr. 51, § 10, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — Fr. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 5. 9. 12, C., *si certum petatur* 4, 2. — L. 13, C., *de locato* 4, 65. — Pour la solidarité testamentaire, *voy.* Fr. 9, pr. D., *cité* in fine, et ci-après, t. III, § 419, B.

[10] On dit souvent qu'il y a solidarité légale entre plusieurs mandataires, plusieurs associés et en général entre plusieurs débiteurs d'une obligation indivisible. Ces extensions arbitraires proviennent de l'interprétation erronée du terme *in solidum*, que nous avons signalée ci-dessus, note 5. Cf. ci-après, § 192, Obs. 3, et § 221, A, 4 ; § 227 in fine ; § 237, A, 3; § 239, A, 4.

[11] *Voy.* ci-après, § 267, notes 17. 18, et Fr. 1. 4, D., *de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat* 2, 10. Cf. Fr. 3, pr. D., *eodem.* — Fr. 14, § 15. Fr. 15, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 17, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 1, § 10. Fr. 2. 3. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3, et ci-après, § 279, n° 2. — Fr. 3, D., *si mensor* 11, 6. — Fr. 7, § 4. Fr. 8, D., *quod falso tutore auctore* 27, 6. — Fr. 1, § 13, D., *unde vi* 43, 16. — L. 1, C., *de condictione furtiva* 4, 8.

[12] *Voy.*, pour les cotuteurs, t. III, §§ 348. 350; pour les cautions : Gaius, III, 121. 122. — Paul, I, 20. — § 4, I., *de fideiussoribus* 3, 20. — Fr. 10, pr. § 1. Fr. 26. 27. 40. 48. 49, § 1. Fr. 51, D., *eodem* 46, 1. — L. 3. 16. 21. 23. 28, C., *eodem* 8, 41, et ci-après, § 263, note 6; § 264, notes 4, B et 11, B. — A l'égard de ces deux catégories, la solidarité est soumise à certaines modifications : 1° les cotuteurs jouissent d'un avantage particulier qu'on a l'habitude d'appeler *beneficium divisionis*, et dont nous parlerons ci-après, note 19. — 2° Si l'un des tuteurs a géré seul, les autres peuvent exiger que l'action soit d'abord intentée contre lui, sauf à être subsidiairement dirigée contre eux, si le pupille ne trouve pas satisfaction auprès du tuteur coupable. Dans tous les cas, le cotuteur qui, sans avoir commis de dol, est obligé de payer le tout ou une somme plus élevée que sa part, peut exiger que le pupille le subroge dans ses droits, en lui cédant ses actions contre les cotuteurs. — 3° Ces mêmes avantages, qu'on appelle communément les *beneficia divisionis, ordinis* et *cedendarum actionum*, s'appliquent également, mais dans des hypothèses différentes, aux personnes qui se sont conjointement portées cautions. *Voy.* ci-après, §§ 263 et 264, et t. III, § 350.

[13] Cic., *ad Herennium*, II, 13. « Consuetudine ius est.... id, quod argentario tuleris expensum, a socio eius recte repetere possis. » — Fr. 25, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 34, pr. D., *de receptis* 4, 8.

[14] *Voy.* ci-après, § 221, note 19, et § 223, notes 8. 14. 16. — Beaucoup d'auteurs modernes admettent aussi une corréalité passive 1° entre le capitaine ou facteur et ceux qui les ont constitués, et 2° dans les autres *actiones adiectitiæ qualitatis*, dont il est traité au prédit § 223, entre le père de famille et les personnes soumises à sa puissance. Cette manière de voir ne nous paraît pas entièrement correcte. *Voy.* § 223, Observation 3.

[15] Dans les hypothèses que l'on fait ordinairement rentrer dans cette catégorie (et auxquelles se rapportent probablement les Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1, et L. 1, C., *si plures una sententia condemnati sunt* 7, 55), le jugement, il est vrai, constate plutôt la solidarité qu'il ne la crée; mais on pourrait imaginer d'autres hypothèses dans lesquelles la solidarité naît du jugement même, bien que nos sources n'en fournissent point d'exemples. Tout récemment, la cour de cassation de France, par arrêt du 3 mai 1865, a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 22 février 1864, qui avait prononcé une condamnation solidaire contre un mandataire et la personne qu'il s'était substituée dans sa gestion. Dalloz, *Recueil périodique*, 1865, I, 379. Bien

Les effets que la créance solidaire produit sont déterminés par la combinaison des deux éléments constitutifs de la corréalité : unité de l'obligation et solidarité des coïntéressés. Il en découle naturellement : d'abord que la prestation entière peut être poursuivie par ou contre chacun des *correi;* ensuite que la prestation faite à l'un ou par l'un des *correi* éteint l'obligation dans son ensemble, même à l'égard des coïntéressés qui ne sont pas intervenus dans l'exécution. — Dans l'hypothèse de la solidarité entre créanciers, chacun des *correi* est donc libre d'agir contre le débiteur commun à l'effet d'obtenir le payement de la dette entière, et le payement reçu par l'un d'eux éteint la créance à l'égard des autres [16]. Conséquemment aussi les actes interruptifs de la prescription posés par l'un des créanciers interrompent le cours de la prescription à l'égard de tous [17].—Les mêmes solutions se rencontrent dans la solidarité entre débiteurs. Le créancier a le droit [18] de poursuivre celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, en exécution de l'obligation entière [19] ; mais dès que la prestation a été effectuée par l'un d'eux, l'obligation est éteinte en entier et les autres débiteurs se trouvent libérés [20]. D'après une loi de

que les motifs des deux arrêts prêtent à la critique, en ce qu'ils semblent fonder en partie la solidarité *sur la gestion commune,* tandis qu'elle découle en réalité de la substitution (Code Napoléon, art. 1994), la décision n'en est pas moins fondée en droit et en équité.

[16] § 1, I., *de duobus reis* 3, 16. – Fr. 16, D., *de legatis II* (31). — Fr. 31, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 34, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 1, C., *de duobus reis* 8, 40. Le créancier poursuivant est, au reste, tenu de fournir au débiteur, sur sa demande, caution à l'effet de le garantir contre les poursuites éventuelles des autres créanciers. Fr. 11, § 21, D., *de legatis III* (32).— D'autre part, le débiteur, poursuivi par l'un des créanciers solidaires, ne peut plus valablement payer aux autres. Fr. 16, D., *h. t.* – Fr. 31, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 57, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Ajoutons que, dans l'ancien droit, la *litis contestatio* conclue avec l'un des créanciers avait (au moins dans les cas où elle opérait novation entière) pour effet d'anéantir le droit à l'égard de tous. Gaius, III, 180. IV, 106. – Fr. 2. 16, D., *h. t.* – Fr. 5, D., *de fideiussoribus* 46, 1. – Fr. 31, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. *Voy.* aussi ci-après, notes 18. 20.

[17] L. 5, C., *de duobus reis stipulandi et promittendi* 8, 40.

[18] Le créancier a ce *droit,* mais il peut aussi réclamer de chaque débiteur la part qui lui incombe. Cependant la poursuite partielle, suivie de *litis contestatio,* le privait anciennement du droit de poursuivre les autres débiteurs *in solidum.* Fr. 3, § 1. Fr. 11, pr. D., *h. t. Voy.,* pour ce dernier texte, ci-après, § 263, note 22. – Fr. 8, § 1, D., *de legatis I* (30). – L. 16, C., *de fideiussoribus* 8, 41.

[19] Les cofidéjusseurs et les cotuteurs peuvent, dans ce cas, exiger que le créancier divise son action et ne les poursuive d'abord que pour leurs parts et portions, pourvu que les autres *correi* soient solvables au moment de la *litis contestatio.* S'il y en a parmi eux d'insolvables, leurs parts se répartissent entre les autres au marc le franc. Cet avantage, qu'on appelle communément le *bénéfice de division,* est exclusivement accordé à ces deux catégories de personnes, et c'est à tort que quelques auteurs modernes, en invoquant la *Nov.* 99, c. 1, voudraient l'appliquer à tous les *correi debendi. Voy.* ci-après, § 263, nº 2.

[20] § 1, I., *h. t.* 3, 16. – Fr. 2. 3, § 1, D., *eodem* 45, 2. – Fr. 8, § 1, D., *de legatis I* (30). – L. 13, C., *de locato* 4, 65.– L. 6, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. – L. 2, C., *h. t.* — Dans l'ancien droit, la *litis contestatio,* intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, avait pour effet, au moins dans les cas où cet acte de procédure opérait novation entière (notamment quand il s'agissait de corréalité créée par stipulation), d'éteindre complètement le *ius in litem deductum*

Justinien, l'interruption de la prescription vis-à-vis de l'un des débiteurs solidaires en interrompt le cours également vis-à-vis des autres [21]. — Nous avons dit que le payement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs solidaires éteint la créance à l'égard de tous. Il faut en dire autant de tout autre acte qui équivaut au payement ou qui, d'une manière quelconque, anéantit l'élément objectif de l'obligation [22]. Nous traiterons ci-après, au titre troisième, en détail, des diverses hypothèses qui appartiennent à cet ordre d'idées, en nous bornant à mentionner ici la dation en payement et les offres réelles suivies de consignation, la compensation opposée par l'un des débiteurs solidaires, l'acceptilation, la novation, la chose jugée et le serment déféré et prêté sur l'existence de la créance [23]. Il en est de même de la perte fortuite de la chose et, en général, de l'impossibilité d'exécution causée par cas fortuit. Si l'inexécution provient du fait ou de la faute de l'un des débiteurs solidaires, aucun d'eux ne sera libéré, par la raison que l'impossibilité d'exécution ne provient pas d'un pur cas fortuit [24] : le créancier conservera donc la faculté de poursuivre contre tous la prestation due, et à défaut de cette prestation, les dommages et intérêts auxquels il a droit. Cependant les dommages et intérêts qui peuvent être dus par suite de la demeure de l'un des débiteurs n'in-

et par suite de libérer les autres débiteurs. *Voy.* t. I, § 54, et Gaius, III, 180. IV, 106. — Cf. Fr. 51, § 4, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 116, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 2. 16, D., *h. t.* — Fr. 5 in f. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 31, § 1, D., *de novationibus* 46, 2, et L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 41. Mais Justinien a aboli cet effet de la L. C., en statuant que le créancier conserve ses droits et actions jusqu'au parfait payement. L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 4. — C'est dans le sens de cette réforme qu'ont été interpolés les Fr. 8, § 1, D., *de legatis I* (30). — Fr. 3, § 1, D., *de duobus reis* 45, 2. — L. 2, C., *de fideiussoribus tutorum* 5, 57.

[21] L. 5, C., *de duobus reis stipulandi et promittendi* 8, 40.

[22] Il n'en est pas de même des faits qui ne concernent que la personne de l'un des débiteurs et qui peuvent avoir pour effet de le mettre à l'abri d'une poursuite ou même de le libérer, sans anéantir le droit d'obligation même. Ainsi, lorsque l'un des codébiteurs se trouve dégagé de l'obligation par suite d'une *capitis deminutio* qu'il subit, ou d'une restitution en entier qu'il obtient, les autres débiteurs n'en resteront pas moins obligés comme auparavant. Fr. 19, D., *h. t.* — Arg. Fr. 48, pr. D., *de minoribus* 4, 4. De même la *confusion* qui s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs, la *remise* qui est faite à l'un des débiteurs par convention ou par disposition de dernière volonté ne libèrent point les autres, à moins que, par suite de circonstances particulières, ces actes n'agissent en leur faveur. *Voy.* ci-après, § 295, notes 28. 34-39; § 296, note 24; § 297, notes 5 et 8. ainsi que t. III, § 435.

[23] *Voy.*, pour la *solutio*, la *datio in solutum* et les offres réelles suivies de consignation, ci dessus, note 20, et ci-après, § 289, note 1 et § 290, note 3; — pour la compensation, ci-après, § 292, note 8; — pour la novation, ci-après, § 294, notes 5 et 6; — pour l'acceptilation, § 295, note 16; — pour la transaction, § 296, notes 23 et 24; — pour la chose jugée et le serment déféré, § 298, notes 17 et 18.

[24] On aurait certes pu statuer autrement, en considérant le fait du *correus* coupable comme un cas fortuit à l'égard des autres *correi* (solution qu'on a admise dans le cas où la chose due a été détruite par le fidéjusseur, ci-après, § 265, note 9); mais l'appréciation que nous donnons dans le texte a prévalu dans notre matière. Fr. 18, D., *h. t.* « Ex duobus reis eiusdem stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet. » — Cf. Fr. 1, § 13, D., *de tutelæ actione* 27, 3 et Fr. 91, § 4. 5, D., *de verb. obl.* 45, 1.

combent qu'au coupable, parce que la corréalité exige nécessairement identité de la prestation due et que les dommages et intérêts dus par suite de demeure sont quelque chose en dehors de la prestation originaire [25].

Le créancier solidaire qui a reçu le payement entier est-il tenu d'en tenir compte à ses cocréanciers, et le débiteur solidaire qui a payé le tout peut-il exercer un recours contre les autres débiteurs? Cette question que l'on pose souvent n'est point susceptible de recevoir une réponse adéquate, par la raison qu'il n'y a aucun rapport de causalité entre la solidarité et l'objet de la question [26]. La corréalité par elle-même ne donne aucun droit au partage ou au recours, en ce qui concerne les *correi*,

[25] Fr. 173, § 2, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Unicuique sua mora nocet : quod et in duobus reis promittendi observatur. » — Fr. 32, § 4, D., *de usuris* 22, 1. « Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. »

[26] C'est pour cette raison qu'il faut rejeter d'une manière absolue deux opinions extrêmes, dont l'une prétend qu'il y a toujours recours dans les obligations corréales, tandis que l'autre refuse le recours en thèse générale, sauf dans le cas où il y a société entre les *correi*. Ces deux opinions seront suffisamment réfutées dans l'exposé de notre système. Nous croyons cependant utile de détruire ici l'argument que les partisans de cette dernière opinion prétendent tirer d'Ulpien, Fr. 62, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. « In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promisissent; quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi. » Ce texte dit, prétend-on, que l'obligation corréale, active ou passive, se divise entre les *correi* quand ils sont associés, et ne se divise point quand ils ne sont pas associés. Faisons d'abord observer que la deuxième proposition n'est point énoncée par le jurisconsulte; mais il y a plus, le texte tout entier ne s'occupe même pas directement de la question du recours. En voici le sens : « Pour estimer la valeur d'une hérédité ou d'une part héréditaire, en vue de calculer la Falcidie, on doit prendre la valeur actuelle des biens héréditaires, y compris les obligations actives et passives. Comme il n'est pas possible de fixer la valeur actuelle des obligations conditionnelles et incertaines, on fait abstraction de ces obligations, en ce sens qu'on en ajourne le règlement définitif, sauf aux parties à se donner mutuellement des cautions (ci-après, t. III, § 425, notes 22-24. 32 sq.). Or, toute obligation corréale a nécessairement un caractère incertain et éventuel, d'abord parce qu'on ne sait pas actuellement lequel des *correi* obtiendra le payement ou sera forcé de l'effectuer, ensuite à cause de l'insolvabilité éventuelle du *correus* contre lequel il peut y avoir recours. Toute obligation corréale donne donc lieu à un règlement provisoire avec caution. C'est ce que veulent dire les mots qui terminent le fragment : *in pendenti esse*. Toutefois, il y a lieu de faire une exception dans le cas où les *correi* sont associés. Dans ce cas, en effet, il est dès aujourd'hui certain que la créance appartient ou que la dette incombe à chacun d'eux en proportion de leurs parts sociales, d'où la conséquence qu'on en peut déterminer la valeur actuelle. Il est vrai que les éventualités dont il a été parlé plus haut n'en subsistent pas moins, et que notamment l'un des associés peut devenir insolvable; mais ces éventualités constituent des chances qui affectent les obligations provenant de la société. Ce sont donc ces obligations-là qui doivent être soumises à un règlement provisoire avec caution, et c'est ce qui permet de régler l'obligation corréale dès aujourd'hui d'une manière définitive. » On voit que la question du recours n'est pas examinée par Ulpien, et que, dans tous les cas, elle n'est point décidée dans le sens négatif, comme on le prétend. Loin de là, la dernière proposition du fragment qu'on invoque suppose implicitement le recours ; car si, par exemple, le défunt avait été le vrai et seul débiteur de l'intégralité de la dette corréale, la dette ne serait point *in pendenti*, et il y aurait lieu de s'écarter de la solution donnée par Ulpien.

comme, d'un autre côté, elle n'y forme point obstacle. La solution du problème est uniquement déterminée par les relations qui existent entre les coïntéressés indépendamment de la solidarité, et qui varient selon les circonstances particulières de l'espèce.

Ainsi, quand il s'agit de créanciers solidaires, il faut examiner si, d'après les rapports obligatoires existants entre eux, l'objet payé revient exclusivement à l'un d'eux ou à tous [27]. Dans le premier cas, si le payement a été reçu par celui à qui l'objet revient, il le gardera pour lui; si c'est par un autre, celui-ci devra le restituer à qui de droit. Dans le second cas, le créancier qui a reçu le payement devra en tenir compte aux autres en proportion des parts qui leur reviennent. Pour faire valoir leurs droits, les créanciers qui auront à exercer le recours, se serviront des actions que la situation comporte, savoir des actions *pro socio* et en partage, ou de l'action du mandat [28].

Les mêmes règles s'appliquent à la solidarité entre débiteurs. Admettons, en effet, que je me sois obligé solidairement avec Pierre, sur la demande de ce dernier et sans que je tire moi-même aucun avantage de l'obligation [29]. Il est évident dans ce cas que, si Pierre a été obligé de payer la dette entière, il ne peut exercer aucun recours contre moi. Par contre, si c'est moi qui ai été obligé de payer pour lui, je pourrai sans aucun doute exiger le remboursement de tout ce que j'aurai payé [30]. Que si, au contraire, Pierre et moi nous avons solidairement contracté une obligation dans laquelle nous avons un intérêt l'un et l'autre, celui d'entre nous qui aura payé pourra contraindre l'autre au remboursement de la part qui lui incombe dans la dette, et cette part ne sera pas nécessairement la moitié, mais elle sera déterminée par les rapports particuliers que fait naître entre nous la communauté d'intérêts. Pareille communauté existe toujours quand il y a société entre les *correi;* mais elle peut résulter de toute autre opération faite dans un intérêt commun [31] :

[27] Le Fr. 62, pr. D., *ad legem Falcidiam,* cité à la note précédente, effleure ces hypothèses.

[28] Cf. ci-après, note 34.

[29] Ces cas se présentent aujourd'hui tous les jours. Pour obliger un ami, nous lui remettons un effet de commerce par lequel nous nous engageons à lui payer, tel jour, une somme d'argent que nous ne lui devons pas. L'ami touche la valeur de l'effet, en l'escomptant. Si, à l'échéance, le porteur de l'effet s'adresse à nous et nous contraint à payer, nous aurons certes le droit d'exercer notre recours contre l'ami et ce pour le tout. Que si, au contraire, c'est l'ami qui paye l'effet, il n'aura rien à reclamer. Des opérations analogues sont mentionnées aux Fr. 7, § 1. 8, D., *ad Sc. Maced.* 14, 6, et Fr. 17, § 2, *verb.* Nam si D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. – Cf. Fr. 10, § 10, D., *de in rem verso* 15, 3. « ... si quidem pecunia ad patrem pervenerit. » *Voy.* aussi ci-après, § 263, notes 30 sqq.

[30] Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3. – Fr. 3, § 3, *verbis* Alioquin dum D., *de liberatione legata* 34, 3. Cf. Fr. 29, D., *eodem.* – Fr. 62, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2, ci-dessus, note 26. Cf. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* — *Voy.* aussi Gaius, III, 122. – § 4, I., *de fideiussoribus* 3, 20. – Fr. 71 pr. in f. D., *eodem* 46, 1.

[31] L. 2, C., *h. t.* « Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi

entre cotuteurs, elle est expressément consacrée par la loi [32]. Par contre, la loi refuse tout recours au *correus*, auteur ou coauteur du délit qui a fait naître la solidarité [33]. — Le débiteur solidaire, qui a le droit d'exercer son recours contre les codébiteurs, usera à cet effet des moyens qui lui appartiennent ensuite des rapports obligatoires existant entre parties, savoir des actions *pro socio* et en partage, de l'action du mandat et, le cas échéant, de l'*actio negotiorum gestorum* [34]. Ces actions suffisent pour tous les cas de corréalité conventionnelle et pour quelques cas de corréalité légale, mais elles ne pouvaient servir aux cofidéjusseurs et aux cotuteurs. C'est pourquoi le législateur accorda à ces deux catégories le droit d'exiger du créancier la cession des actions qu'il a contre les codébiteurs, *beneficium cedendarum actionum* [35]. Le même bénéfice appartient-il d'une manière générale aux autres catégories de débiteurs solidaires? On chercherait en vain une raison juridique d'où découlerait pour le créancier le devoir de céder ses actions [36]. Il est vrai que plusieurs textes accordent le bénéfice [37] ; mais ces textes se rapportent tous à des hypothèses

eiusdem pecuniæ, a quo velit : et ideo, si probaveris, te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciæ iuvare te adversus eum cum quo COMMUNITER mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur. » — Fr. 9, § 1, D., *eodem*. — Fr. 65, *verbis* Nec remedio D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 47, D., *locati* 19, 2. — Fr. 17, § 2, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — L. 13, C., *de locato* 4, 69.

[32] *Voy.* ci-après, note 35 et t. III, § 350, n° 3.

[33] Fr. 30 in f. D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 38, § 2, D., *de adm. tutorum* 26, 7. — Fr. 1, § 14, D., *de tutelæ actione* 27, 3. « ..... Nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est. » — Arg. L. 4. C., *de in litem dando tutore* 5, 44. — Au Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3, le recours est accordé au débiteur innocent.

[34] *Actiones pro socio, communi dividundo, familiæ erciscundæ*. Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3. — Fr. 14, D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 56, D., *de evictionibus* 21, 2. — Cf. Fr. 27, § 8, D., *de peculio* 15, 1. — L'*actio mandati* aura lieu dans les hypothèses mentionnées ci-dessus, aux notes 29 et 31. — L'*actio negotiorum gestorum* est accordée par le Fr. 30, *verbis* Valerius Severus D., *de negotiis gestis* 3, 5, au cotuteur qui a payé pour son collègue, Cf. ci-après, § 192, note 51 et § 274, notes 5 et 6. — L'*actio utilis* dont parlent les Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3, et L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58, est probablement une *actio quasi ex iure cesso*. Cf. ci-après, note 37.

[35] COFIDÉJUSSEURS. Fr. 17, D., *de fideiussoribus* 46, 1 ; L. 11, C., *eodem* 8, 41. — COTUTEURS. Fr. 1, § 13. 18, D., *de tutelæ actione* 27, 3; L. 6, C., *arbitrium tutelæ* 5, 32; L. 1, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58. — Sans cet octroi, le cofidéjusseur qui aurait payé sans user du bénéfice de division (ci-après, § 265, n° 2) se serait trouvé sans recours ; le cotuteur avait, à la vérité, l'*actio negotiorum gestorum* (ci-dessus, note 34), mais la cession des actions était plus avantageuse.

[36] Ajoutons 1° que pour forcer le créancier à faire la cession, le *correus* n'avait d'autre moyen que d'opposer l'exception de dol à l'action du créancier (ci-après, note 38). Or, quel reproche peut-on faire au créancier qui use loyalement d'un droit que ses débiteurs lui ont accordé librement et qui a été la *condicio sine qua non* de l'opération faite : — 2° que le créancier n'est pas tenu de faire cession s'il a consenti un *pactum ne petatur* en faveur de l'un des *correi*. Fr. 15, § 1, D., *de fideiussoribus* 46, 1 ; — 3° qu'il n'y est pas davantage tenu à l'égard de l'auteur de l'*effusio* et du cotuteur coupable. Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3; Fr. 1, § 14, D., *de tutelæ actione* 27, 3; L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 8, 58.

[37] * Fr. 4, D., *de his qui effuderint vel deiecerint* 9, 3. — Fr. 47, D., *locati* 19, 2. — Fr. 65,

où le créancier connaissait la situation des parties [38]. On comprend que, dans cet état de choses, le débiteur choisi soit autorisé à dire que le refus de la cession serait un acte contraire à la bonne foi [39]. Aussi pensons-nous que c'est à ces hypothèses qu'il faut restreindre le bénéfice dont il s'agit. Inutile de dire que le créancier peut toujours volontairement accorder la cession. Dans tous les cas, il va de soi que le débiteur qui agit en vertu de la cession, tout en faisant valoir les droits du créancier, doit subir les exceptions qui peuvent compéter à ses codébiteurs et qui, suivant les ciréonstances, peuvent avoir pour effet de paralyser son action pour le tout ou en partie [40]; que, notamment, il ne peut poursuivre chaque codébiteur que pour sa part et portion [41].

Observation. Nous avons, dans le paragraphe qui précède, critiqué l'emploi du mot solidarité, qui est généralement usité pour désigner la classe d'obligations dont il vient d'être parlé. Les objections qui peuvent être faites avec raison contre cet emploi ont engagé plusieurs jurisconsultes modernes, en Allemagne, à donner une signification beaucoup plus étendue à ce terme, et à l'appliquer à toutes les obligations dans lesquelles, en cas de pluralité de *rei*, chaque *reus* peut poursuivre ou être poursuivi *in solidum*. Dans cette grande catégorie, l'on distingue alors trois espèces différentes : 1° l'obligation solidaire et corréale; 2° l'obligation purement solidaire sans corréalité; 3° l'obligation indivisible. Nous ne pouvons admettre cette réforme, qui a d'abord le défaut de créer une terminologie oiseuse, sans précision et sans valeur. Pour être rigoureusement logique, il faudrait, par les raisons indiquées à la note 5 ci-dessus,

verbis Nec remedio D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 1, § 13. 18, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — L. 13, C., *de locato* 4, 65. — L. 6, in f. C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. — L. 2, C., *de dividenda tutela* 5, 52. — * L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58. — Dans les deux textes marqués d'un asterisque, on accorde au *correus* le droit d'agir *utili actione quasi ex iure cesso*. Cf. ci-après, § 188, notes 13 et suivantes.

[38] C'est, en effet, sur cette considération qu'est fondé le *beneficium cedendarum actionum*. Fr. 63, D., *de evictionibus* 21, 2. « ... ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur. »

[39] Soit *ex persona cedentis* (par exemple, par suite de confusion ou d'un *pactum ne petatur*), soit *ex persona cessionarii*. Cf. ci-après, § 189 *in fine*.

[40] Fr. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. « .... *In solidum* si non fuerit societas, vel *in partem* si socii fuerint. »

[41] S'il demandait plus, il serait repoussé par une *exceptio doli*, fondée sur la nature du rapport obligatoire qui existe entre parties. Dans deux hypothèses, où pareil rapport fait défaut, notre proposition est confirmée par des décisions particulières. Fr. 10, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1, et Fr. 5, D., *de censibus* 50, 15. — *Quid*, si l'un des codébiteurs est insolvable? L'équité exige évidemment que la perte soit répartie entre tous, et cette solution est également conforme aux principes. Elle résulte, en effet, pour les cofidéjusseurs et les cotuteurs du bénéfice de division (ci-après, § 265, n° 2, et t. III, § 550, I, 2), et pour les autres hypothèses, où il y mandat réciproque, du principe que le mandataire doit être indemnisé des pertes qu'il a subies comme une suite nécessaire de l'exécution du mandat, principe qui est consacré d'une manière frappante pour le cas de société au Fr. 63, § 5, D., *pro socio* 17, 2. Cf. ci-après, § 221, B, 1 et § 226.

entièrement rejeter le terme solidarité. Que si l'on n'ose se mettre aussi ouvertement en état de révolte contre une terminologie consacrée par un usage séculaire, il n'y a d'autre moyen que de conserver à ce terme sa signification vulgaire, qui est synonyme de corréalité. Mais rien n'autorise à coordonner à un titre quelconque l'obligation corréale et l'obligation indivisible, entre lesquelles il n'existe, sous aucun rapport essentiel, la moindre communauté, comme nous le verrons ci-après dans la seconde OBSERVATION ajoutée au § 192. Nous ne pouvons davantage admettre la distinction en obligations solidaires corréales et obligations purement solidaires sans corréalité. Les hypothèses qu'on veut faire entrer dans cette dernière catégorie et parmi lesquelles on comprend entre autres l'obligation qui résulte d'un délit et celles qui existent entre plusieurs *mandatores* et entre cotuteurs, ont, à notre avis, la même nature que celles qu'on voudrait exclusivement qualifier de corréales. C'est en vain qu'on se fonde sur ce que, sous l'ancien droit, dans les cas de vraie corréalité, la *litis contestatio* avec l'un des *correi* aurait eu pour effet d'éteindre l'obligation à l'égard de tous, tandis qu'il n'en aurait pas été de même dans les obligations purement solidaires. Car, d'une part, cet effet n'existe plus dans le droit de Justinien [42]; d'autre part, même sous l'ancien droit, cette particularité avait sa cause, non pas dans une diversité fondamentale du lien obligatoire, mais dans la diversité qui régnait dans les effets de la *litis contestatio*. Ainsi l'extinction du droit avait certes lieu, quand l'obligation provenait d'une stipulation [43]; mais il est évident qu'il n'en était point de même dans une *in factum actio* dirigée contre l'un des *correi* en matière de dépôt ou de commodat [44]. Ajoutons que l'effet extinctif n'avait pas davantage lieu à l'égard de plusieurs *mandatores* et de plusieurs constituants de la dette d'autrui [45].

DE LA CESSION DES OBLIGATIONS †.

§ 187. *Notion et introduction historique.*

Les droits réels ne supposent point de personne obligée. Celui à qui un droit réel compète peut peut en disposer, le céder et transmettre à qui

[42] *Voy.* ci-dessus, notes 16. 18. 20.

[43] Au moins d'une *stipulatio certi* (et il n'est guère probable qu'il y ait eu des *correi stipulandi* ou *promittendi* dans d'autres hypothèses) : car dès lors il y avait entre citoyens romains *iudicium legitimum*, et la L. C. produisait dans toute son étendue l'effet extinctif que la théorie romaine lui attribue. T. I, § 54, notes 8-11, et ci-après, §§ 195 et 246. Il faut en dire autant de la corréalité dans le *mutuum* et dans la *litterarum obligatio*. Ci-après, §§ 234 et 247.

[44] Nous choisissons cette hypothèse par la raison qu'elle ne peut donner lieu à aucune objection. Cf. ci-dessus, t. I, § 54, notes 8-11.

[45] *Voy.* ci-après, § 264.

† Tit. D., *de hereditate vel actione vendita* 18, 4. — Tit. C., *eodem* 4, 39.

bon lui semble, sans porter atteinte à la liberté de qui que ce soit. Il n'en est pas de même des obligations; car l'obligation est un rapport de droit entre deux personnes déterminées, et ce rapport ne peut être changé arbitrairement par l'une d'elles, sans que l'essence même de l'obligation en soit frappée. En d'autres termes, le créancier ne peut être forcé d'accepter un autre débiteur, ni le débiteur de subir un autre créancier [1]. D'un autre côté cependant, les obligations font partie de nos biens et ont une certaine valeur d'échange tout aussi bien que les droits réels. Souveut le créancier ne peut utiliser son obligation qu'en l'échangeant contre d'autres valeurs; souvent aussi le débiteur peut être intéressé à ce que pareille opération se fasse. Si les deux parties sont d'accord, le motif qui s'oppose au transfert de l'obligation disparaît : il leur est libre de se substituer d'un commun accord une autre personne, soit comme débiteur, soit comme créancier. Mais ce n'est pas là, à proprement parler, une cession, un transfert, c'est la création d'une obligation nouvelle par laquelle on remplace l'ancienne. Aussi la novation était-elle dans le principe le seul moyen d'obtenir un pareil résultat [2].

On ne resta pas longtemps sans éprouver le besoin de céder une obligation ou au moins la valeur d'une obligation sans le concours du débiteur. Pour y satisfaire, les Romains réussirent à trouver un moyen qui donnait au créancier toutes les facilités désirables, sans porter atteinte à la liberté individuelle du débiteur. Le créancier ne cédait pas l'obligation même, — c'eût été contraire à l'essence du droit, — mais il chargeait celui à qui il voulait la céder, d'en poursuivre le payement en justice comme mandataire. C'est ce qu'on appelait *mandare* ou *cedere actionem* [3].

[1] Gaius, II, 38. « Obligationes quoquo modo contractæ nihil eorum (mancipationis, in iure cessionis, traditionis) recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est ut iubente me tu ab eo stipuleris : quæ res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis. 39. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere; sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. » — Ulpien, Fr. 25, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. « .... Quamvis non soleat stipulatio semel cui quæsita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem. »

[2] Gaius, II, 38 in fine (ci-dessus, note 1), combiné avec Gaius, III, 176 (§ 3, I, *quibus modis tollitur obligatio* 3, 29). « ... Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio... » Cf. ci-après, § 293, notes 1-6.

[3] Fr. 1, § 13. 14, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — Fr. 76, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 14. 21, C., *de fideiussoribus* 8, 41. Les Romains emploient aussi la locution *præstare actionem*, surtout quand il s'agit de l'obligation qui incombe au créancier de céder son action à une autre personne. Fr. 2, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 31, D., *emti* 19, 1. — Fr. 7, D., *de oblig. et act.* 44, 7. — Il importe de faire observer que souvent nous nous trouvons dans la position de faire valoir un droit par voie d'exception et que, par suite, dans ce cas nous pouvons le céder, en constituant un mandataire à l'effet de répondre en qualité de défendeur à une action dirigée contre nous. Fr. 29. 42, § 2. Fr. 61, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 4, pr. D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. Fr. 10, § 12 in f. D., *mandati* 17, 1. *Voy.* aussi ci-après, § 190, note 12; § 212, et ci-dessus, t. I, § 66, notes 19 et 20.

Le mandataire, après avoir obtenu la condamnation, la faisait exécuter et en gardait le montant pour lui, au lieu de le remettre à celui qui l'avait constitué; c'est pourquoi on l'appelait PROCURATOR IN REM SUAM [4]. De cette manière, le débiteur restait tout à fait en dehors de la cession, car vis-à-vis de lui le cessionnaire était tout simplement mandataire du créancier. Ce n'est qu'après l'extinction de l'obligation que les relations entre le créancier et le cessionnaire produisaient leurs effets; et ces effets avaient pour ainsi dire lieu de plein droit, puisque, d'après les principes de la procédure romaine, le *procurator* devenait *dominus litis* par la *litis contestatio,* et que même la *condemnatio* portait son som [5]. — Ainsi l'on avait trouvé le moyen de transférer à une autre personne, sinon le droit d'obligation même, au moins le résultat pécuniaire ou la valeur de ce droit, sans avoir besoin de l'assentiment du débiteur et sans violer aucun principe juridique. Dans la pratique, ce procédé entraînait cependant un inconvénient assez sérieux pour l'acquéreur, celui de n'avoir irrévocablement acquis son droit qu'après la *litis contestatio.* La jurisprudence fit disparaître cette imperfection, en attribuant le même effet à une simple dénonciation faite au débiteur de l'action cédée [6].

En général, la cession d'une obligation s'opérait donc plus facilement même que le transfert des choses corporelles. Aussi paraît-il que, sous les empereurs, le trafic de créances était devenu un métier lucratif. Pour prévenir les abus qui en résultaient, on établit en principe que le cessionnaire ne pourrait jamais poursuivre une somme plus forte que celle qu'il aurait payée comme prix de la cession. L'empereur Anastase ordonna même que la dette serait éteinte pour le reste au profit du débiteur. Cette disposition est connue sous le nom de *lex Anastasiana* [7].

OBSERVATION. Comme nous avons parlé, dans le paragraphe qui précède, de la procédure par mandataire, il est nécessaire d'esquisser ici brièvement le développement historique de cette institution [8].

Dans le système des *legis actiones*, il n'était pas permis de se faire représenter en justice, sauf quelques exceptions [9]. Cependant il n'est pas à méconnaître que, dans la *manus iniectio,* le *vindex* représentait jusqu'à

[4] L. 6, C., *de obl. et act.* 4, 10. — L. 1, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58. — Fr. 3, § 5, D., *de in rem verso* 15, 3. — *Voy.* aussi l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[5] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe, notes 14. 19, et GAIUS, IV, 86, transcrit dans cette dernière note.

[6] La première mention de pareille dénonciation se rencontre dans une constitution d'Alexandre Sévère de l'an 226. L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17. — *Voy.* aussi GORDIANUS, L. 3, C., *de novationibus* 8. 42, et ci-après, § 189, notes 11 sq.

[7] L. 22, C., *mandati* 4, 55. *Voy.* ci-après, § 190, vers la fin.

[8] *Voy.*, sur cette matière, GAIUS, IV, 82-102. — PAUL, I, 2, 3. — *Vaticana fragmenta* 317-341. — Tit. Th. C., *de cognitoribus* 2, 12. — Tit. I, *per quos agere possumus* 4, 10. — Tit. D., *de procuratoribus et defensoribus* 3, 3. — Tit. C., *de procuratoribus* 2, 13.

[9] GAIUS, IV, 82. « ... Cum olim, quamdiu *solæ* legis actiones in usu fuissent, alterius nomine

un certain point le défendeur pour lequel il prenait fait et cause [10].

Sous le système formulaire, on admit la représentation. Il est probable qu'elle n'était tolérée originairement qu'en cas de nécessité [11]; mais du temps des jurisconsultes classiques, elle était d'une application générale. Elle se montre sous deux formes différentes qui finissent par se fondre ensemble. — Dans le principe, on constituait son fondé de pouvoirs (devant le magistrat) en présence de l'adversaire et au moyen de paroles solennelles [12]. Ce fondé de pouvoirs s'appelait *cognitor*, et était considéré comme un véritable représentant [13]. Il est vrai que la *condemnatio* de la formule était conçue en son nom, car autrement il n'aurait pas eu qualité d'ester *in iudicio;* mais, abstraction faite de cette formalité indispensable, il n'apparaissait dans toute la procédure que comme simple représentant. Aussi, c'est au principal, *dominus*, qu'incombe l'obligation de fournir les cautions qui peuvent devenir nécessaires dans le cours du procès [14]; et l'*actio iudicati*, en vertu du jugement obtenu, appartient au *dominus*, s'il a triomphé, de même qu'elle est dirigée contre lui, s'il a succombé [15]. — L'obligation, qui était imposée au *dominus*, d'être présent à la constitution du *cognitor*, rendait l'usage de ce mandat impossible précisément dans les cas où il était le plus nécessaire, par exemple, en cas d'absence. On imagina donc de se faire représenter par un simple mandataire, *procurator*, dont la constitution n'exige point de formalités [16]. Mais si de cette manière on avait trouvé une forme plus facile et plus libre, les

agere non liceret, (nisi) pro populo et... » — Pr. I, *per quos agere possumus* 4, 10. « ... Nisi pro populo (ci-dessus, t. I, nos 92 sq., no 95 *in fine*, no 106 *in fine*), pro libertate (ci-après, t. III, § 334 *in fine*), pro tutela (ci-après, t. III, §§ 346. 349, no 5). Præterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, » et Théophile *ad h. l.* — Fr. 123, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. Lex (Acilia) repetundarum, c. 4. 5, lin. 9 sqq., et Cic., *in Cæcil.* 4. 5. 16. 20.

10 *Voy.* ci-dessus, t. I, § 43, no 4.

11 Cic., *ad Herenn.*, II, 13. « Ex æquo et bono ius constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere ; quod genus : ut maior annis LX, et cui morbus causa est, cognitorem det. » — Cf. § 1, in f. I., *h. t.* 4, 10.

12 Festus, v. *Cognitor* est qui litem alterius suscipit *coram eo cui datus est;* procurator autem absentis nomine actor fit. » — Ps. Ascon. *in divinat.* c. 4. p. 104, 8. Orelli. — Gaius, IV, 83. 97. « 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat : quod ego a te, verbi gratia, fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do ; adversarius autem ita : quando tu a me fundum petis, in eam rem P. Mævium cognitorem do. Potest ut actor ita dicat : quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do ; adversarius ita : quando tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do. Nec interest, præsens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. » — *Vaticana fragm.* 318. 319 « etiam græcis verbis ». 329.

13 Par la Table de Malaga, c. 64. 65, nous savons que le mot *cognitor* servait aussi à désigner des experts. Cf. ci-dessus, t. I, § 24, note 12.

14 Gaius, IV, 97. 101, ci-après, notes 23. 24. — *Vaticana fragm.* 317.

15 Il n'en était pas de même quand le *cognitor* agissait *in rem suam*. *Vaticana fragm.* 317, *verbis* Cognitore enim, ci-après, note 25.

16 Festus, v. *Cognitor*, ci-dessus, note 12. — Gaius, IV, 84. — On alla même plus loin, en permettant qu'un tiers pût représenter en justice un défendeur absent, sans justifier d'aucun

effets de la représentation n'étaient point aussi directs et aussi absolus que lorsqu'on avait constitué un *cognitor*, lequel, au moyen de la déclaration faite devant le magistrat, devenait, pour ainsi dire, une seule personne avec le *dominus* [17]. D'abord pour atteindre le but que le *procurator* se proposait, il devait agir en son nom propre, sauf à rendre compte à son principal [18]. Ensuite, bien que l'*intentio* dût naturellement porter le nom du principal, la *condemnatio* était conçue au nom du *procurator* [19]. Cette espèce de fiction était, à la vérité, également nécessaire au *cognitor*; mais à son égard, elle était une simple formalité, tandis qu'elle entraînait des conséquences importantes pour le *procurator*. En effet, celui-ci n'était pas considéré comme étant *domini loco*, mais comme étant lui-même *dominus litis* [20]. Aussi c'était à lui de fournir les cautions nécessaires dans la procédure, et l'*actio iudicati* lui compétait quand il avait été demandeur, de même qu'elle pouvait être intentée contre lui dans le cas inverse [21]. A ces différences s'en joignaient encore d'autres, qui provenaient également de ce que le *procurator* n'était pas constitué d'une manière authentique, pour nous servir d'un terme moderne. Ainsi quand le *procurator* se présentait comme demandeur [22], la partie adverse qui l'acceptait pouvait exiger une *cautio ratam rem dominum habiturum*, afin

mandat, sauf au préteur à veiller à ce que les intérêts de l'absent ne fussent pas lésés par cette *negotiorum gestio* (Gaius, IV, 84; Fr. 13, § 2, D., *de operis novi nunt.* 39, 1; L. 3. 13, C., *h. t.*). Mais on était moins large quand quelqu'un se présentait comme demandeur pour un absent. *Voy.* ci-après, note 28. — Au reste, le rôle de *procurator* d'un absent entraînait des obligations parfois onéreuses. *Vaticani fragm.* 330. « Papinianus, libro II, respondit, si procurator absentis aliquam actionem, absentis nomine, inferre velit, cogendum eum adversus omnes absentem defendere. »

[17] C'est là ce que les Romains veulent indiquer quand ils disent que le *cognitor* est *domini loco*, c'est-à-dire qu'il ne fait qu'un avec le *dominus*, tandis que, par la *litis contestatio*, le *procurator* devient lui-même *dominus litis*. Gaius, IV, 97, et ci-après, note 20.

[18] Cette reddition de compte disparaissait naturellement quand il agissait comme *procurator in rem suam*.

[19] Gaius, IV, 86. « Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si, verbi gratia, L. Titius pro P. Mævio agit, ita formula concipitur : si paret N. Negidium P. Mævio H.-S. X. millia dare oportere, iudex N. Negidium L. Titio H.-S. X. millia condemna; si non paret, absolve. In rem quoque si agat, intendit P. Mævii rem esse ex iure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit. » — Le même, II, 39. IV, 55. — Théophile *ad* § 2, I., *h. t.* — Fr. 7, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. — L. 9, C., *h. t.* — L. 1, C., *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45.

[20] Fr. 11, pr. D., *de doli mali except.* 44, 4. — Fr. 4, § 5, D., *de appellationibus* 49, 1. — L. 8. 22. 23, C., *h. t.* — Cependant, le vrai *dominus* pouvait toujours (sauf à l'égard du *procurator in rem suam*) mettre fin à cette situation, en demandant que l'action fût transférée à son nom; ce qui, au reste, ne s'accordait que *causa cognita*. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, note 17, et Fr. 17, pr. Fr. 25. 64, D., *h. t.*

[21] *Vaticana fragm.* 317. 332. — L. 1, C., *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45. *Voy.* ci-après, notes 25 et suivantes.

[22] Dans certains cas aussi quand il se présentait pour le défendeur. *Vaticana fragm.* 310. — Fr. 39, § 6. Fr. 40, § 2, D., *h. t.* « Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur,

d'être à l'abri d'un nouveau procès que le véritable *dominus* aurait pu lui susciter du même chef [23], et quand le *procurator* agissait comme défendeur, l'adversaire avait le droit d'exiger la *cautio iudicatum solvi,* afin d'assurer l'exécution du jugement à intervenir [24]. Tout cela était fort gênant et diminuait de beaucoup les avantages qui résultaient de la forme plus libre de la *procuratio*. On chercha donc à lui conserver ces derniers, tout en appliquant autant que possible les conséquences plus directes de l'ancien système. — Cela se fit naturellement d'abord à l'égard du *procurator præsentis*, c'est-à-dire de celui que le *dominus* constituait personnellement devant le tribunal (*apud acta constitutus*) et qui finit par être complétement assimilé au *cognitor*. Par la suite, on mit sur la même ligne celui qui était porteur d'une procuration non suspecte, de sorte qu'à la fin, dans tous les cas de véritable mandat, les cautions particulières disparurent, et qu'on donna l'*actio iudicati* directement au véritable *dominus,* tant en sa faveur que contre lui [25]. Dès lors la forme libre ayant acquis la même efficacité que la forme ancienne, cette dernière disparut entière-

præter solitam satisdationem IUDICATUM SOLVI, etiam DE RATO debet cavere. Quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuntietur, et reversus ille, cuius defensor exstiterat, velit fundum vindicare?... » — Fr. 6, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[23] GAIUS, IV, 84. 97. 98. « 97. Ac nec, si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso vel a domino desideratur; cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. 98. Procurator vero si agat, satisdare iubetur, RATAM REM DOMINUM HABITURUM; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit; quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. »— *Vaticana fragm.* 333. — *Consultatio veteris icti*, III, 1. 6 sqq. — Pr. I., *de satisdationibus* 4, 11. — Fr. 5, § 18. Fr. 6. 7 pr. Fr. 13, pr. D., *de operis novi nunt.* 39, 1.

[24] Cette caution *iudicatum solvi* devait *toujours* être fournie quand c'était le *défendeur* qui se faisait représenter, par la raison que la *condemnatio* ne portait pas le nom du *dominus;* mais quand le représentant était un *cognitor,* elle devait être fournie par le *dominus* même. GAIUS, IV, 101. « Ab eius vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omnimodo satisdari debet, quia nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur. Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator... » Voyez aussi *Vaticana fragm.* 317 (transcrit à la note suivante); Pr. I, *de satisdationibus* 4, 11; Fr. 10, D., *hoc titulo;* Fr. 36, D., *de iniuriis* 47, 10; ainsi que le tit. D., *iudicatum solvi* 46, 7. — Cf. Fr. 18, D., *de interrogationibus in iure* 11, 1.

[25] *Vaticana fragm.* 317. « ... [Apud acta facto] procuratori hæc satisdatio (RATAM REM HABERI) remitti solet; nam cum apud acta non nisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est. Ad defendendum cognitore constituto, dominus, non cognitor, actori satisdare cogendus est : cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator IUDICATUM SOLVI satisdare compellitur; quæ satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiam si apud acta procurator constituatur, Divus Severus constituerit. Cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur, vel ei actio subiicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit; interveniente procuratore, iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. 331. Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino, causa cognita, dabitur et in eum iudicati actio. 333. Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo, recte responsum est; multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte, vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est, cum præsens est dominus, satisdationis necessitas

ment, et les *cognitores* firent place aux *procuratores*[26]. Cependant celui qui se présentait pour un autre, sans être porteur d'une procuration, continuait d'être soumis aux cautions mentionnées ci-dessus, et, en général, aux anciennes règles sur la *procuratio*[27]. On finit même par établir en principe que, sauf quelques exceptions, le demandeur ne peut être représenté par quelqu'un dont le mandat n'est pas constaté[28].

§ 188. *Des cessions dites nécessaires.*

Dans le paragraphe qui précède, nous ne nous sommes occupé que de la cession qui se fait volontairement et du plein gré du cédant. Il peut se faire aussi qu'elle ait lieu par suite d'une nécessité juridique, le cédant étant tenu de faire avoir au cessionnaire la valeur ou le droit qui fait l'objet de la créance. Pareille nécessité peut naître soit d'une obligation librement consentie, soit d'un devoir imposé par la loi. Les espèces qui peuvent se présenter et qu'on a l'habitude d'appeler *cessions nécessaires* sont très-variées; elles seront exposées aux endroits convenables[1]. Mais

cessat. » — *Consultatio veteris icti*, III, 1. 3. 4. 6 sqq. — § 3, I., *de satisdationibus* 4, 11. — Fr. 65, D., *h. t.* — Fr. 4, pr. D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 86, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 21, D., *ratam rem haberi* 46, 8. — L. 1, C., *h. t.* — L. un. C., *de satisdando* 2, 57.

[26] C'est par ce motif que les compilateurs du Digeste ont régulièrement substitué les mots *procurator* ou *verus procurator* au mot *cognitor*, qui se trouvait dans les ouvrages anciens.

[27] *Vaticana fragm.* 332. « Procurator absentis qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori, qui vicit, denegatur. 333. *Voy.* la note précédente. — § 4. 5, I., *de satisdationibus* 4, 11. — L. un. C., *de satisdando* 2, 57.

[28] Du temps de Gaius, cette règle n'était pas sans être contestée, Gaius, IV, 84; mais, pour le droit postérieur, elle paraît certaine, sauf quelques exceptions particulières. Fr. 35, pr. Fr. 40, § 4. Fr. 41, D., *h. t.* — Fr. 6, § 12. Fr. 8, pr. Fr. 31, § 6, D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 5, § 4, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 25, § 2, D., *de except. rei iudicatæ* 42, 1. — Fr. 3, § 3, D., *iudicatum solvi* 46, 7. — L. 12. 21, C., *h. t.*

[1] Nous nous bornerons ici à indiquer rapidement les espèces les plus intéressantes : *A*) Le possesseur de bonne foi, qui doit payer l'*æstimatio litis* au propriétaire revendiquant, peut exiger que ce dernier lui cède sa revendication. *Voy.* t. I, § 119, note 21. — *B*) Les tiers possesseurs d'une chose hypothéquée, les cautions, les cotuteurs et dans certains cas les autres *correi debendi* qui sont contraints de payer la dette hypothécaire, cautionnée ou corréale, ont le droit d'exiger que le créancier leur cède les actions qu'il a contre le débiteur pour lequel ils ont payé. *Voy.*, pour la dette hypothécaire, ci-dessus, t. I, § 166, note 32; pour les autres cas, ci-dessus, § 186, notes 36-41; ci-après, § 263, notes 26 sqq., et t. III, § 350, n° 3. — *C*) Le propriétaire qui s'est obligé à donner ou à livrer sa chose (par exemple, le vendeur) et qui, par cas fortuit, est mis dans l'impossibilité de s'exécuter, se trouve libéré de son obligation; cependant si la chose existe encore ou si, en sa qualité de propriétaire, il a des actions à exercer par rapport à la chose, il doit céder sa revendication (ou toute autre action qu'il peut avoir) à la personne à qui la chose devait être livrée. Fr. 35, § 4, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 13, § 12. Fr. 31, D., *emti* 19, 1. — Fr. 38, D., *de evictionibus* 21, 2, et ci-après, § 211, note 5. — *D*) Il en est de même de celui qui obtient des dommages et intérêts du chef d'une chose prêtée, déposée ou engagée, que le commodataire, dépositaire ou créancier gagiste ne peuvent restituer par suite d'une faute qui leur est imputable. En échange des dommages et intérêts qu'ils payent, ceux-ci peuvent exiger la cession

il importe dès à présent d'en signaler une catégorie à laquelle la jurisprudence romaine a appliqué une fiction dont le but est de sauvegarder les intérêts de ceux qui ont droit à la cession et de leur faciliter l'exercice de ce droit.

Il peut, en effet, arriver que la personne obligée de faire la cession refuse de l'opérer ou que d'autres circonstances rendent cette opération impossible ou difficile [2]. Pour écarter le préjudice ou les inconvénients qui pourraient résulter de cet état de choses, on eut recours à une fiction, fondée sur une considération qui se rencontre dans plusieurs autres institutions, notamment dans l'action Publicienne [3]. Comme la cession du droit constitue une obligation et que légalement il est impossible que cette obligation ne soit pas exécutée, on considère le transfert comme ayant été opéré (car ce qui est légalement inévitable peut sans danger, dans le domaine légal, être considéré comme existant [3]), et l'on permet à la personne, en faveur de qui il doit se faire, d'agir comme si réellement il avait eu lieu. Seulement, puisque l'action dans ce cas repose sur une fiction, elle est qualifiée de *actio utilis*. Cette qualification, au reste, ne modifie en rien sa nature : les parties se trouvent absolument dans la même condition que si le demandeur agissait en vertu d'une cession réellement opérée, *quasi ex iure cesso*.

La première application expresse de cette fiction dont nous ayons connaissance remonte au temps d'Antonin le Pieux, qui la consacra dans un cas où quelqu'un avait acheté une hérédité comprenant des obligations ou actions. Par suite de cette aliénation, le vendeur était tenu de transférer à l'acheteur tous les biens et droits compris dans l'hérédité. Mais, ce transfert étant devenu impossible, par la raison que le vendeur, avant de l'avoir opéré, était venu à mourir sans avoir laissé d'héritier, on permit

des actions qui compètent à leur créancier par rapport à la chose. Fr. 5, § 1. Fr. 17, § 5, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 12, D., *de re iudicata* 42, 1, et ci-après, §§ 237. 239. 242. — *E*) Le possesseur de bonne foi d'une hérédité qui, ayant disposé de choses héréditaires, ne peut les représenter au véritable héritier, doit lui céder au moins les actions qu'il peut avoir acquises par suite de ses dispositions. Fr. 20, § 17. Fr. 40, § 2, D., *de hereditatis petitione* 5, 3, et ci-après, t. III, § 409. — A ces espèces il faut ajouter celles dont il sera question ci-après, dans les notes 3 à 11. *Voy.* aussi ci-après, § 205, note 18; t. III, §§ 409. 415, et les cas traités dans les passages suivants : Paul, II, 12, 8. – Fr. 16, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 6, § 4, D., *nautæ, caupones* 4, 9. – Fr. 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 2, § 6, D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2. – Fr. 25, § 8, D., *locati* 19, 2. – Fr. 7, pr. D., *de fundo dotali* 23, 5. – Fr. 1, § 16, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1.

[2] Papinien, Fr. 68, D., *de procuratoribus* 3, 3. « Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito procuratore dominus petere potest. » – Gordien, L. 1, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10. « Data certæ pecuniæ quantitate ei cuius meministi, in vicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam : et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati manus implesse proponis. Quæ si ita sunt, utilis actio tibi competit. » — Justinien, L. 33, C., *de donationibus* 8, 54.

[3] Cf. ci-dessus, t. I, § 122, notes 2. 3.

à l'acheteur d'agir, en vertu de la seule vente, contre les débiteurs de l'hérédité comme s'il en avait reçu le mandat, *actione utili quasi ex iure cesso* [4]. Déjà antérieurement des considérations analogues avaient fait accorder le même avantage dans certaines matières commerciales où le chef se trouvait obligé par les actes de ses employés : car les actions exercitoire et institoire ne sont, au fond, que des applications pratiques du principe qui sert de base à notre fiction [5]. Sous Septime Sévère, on l'avait généralisé pour tous les cas de mandat, en permettant aux personnes qui avaient traité avec un mandataire d'intenter *utiliter* contre le principal les actions dont elles auraient pu demander la cession [6]; et par une juste réciprocité, la même faculté dut être accordée au mandant vis-à-vis des tiers qui avaient contracté avec le mandataire [7]. Enfin depuis Papinien, nous trouvons un grand nombre d'autres applications analogues de ces actions utiles. Ainsi, bien qu'il n'y ait pas de cession expresse, l'acquéreur d'une créance peut intenter toutes les actions qui en découlent et même celles qui sont attachées aux droits accessoires de la créance, par exemple, l'action hypothécaire [8]; le créancier saisissant peut directement poursuivre les débiteurs des créances qui se trouvent comprises dans les biens saisis [9]; le mari a le droit de poursuivre les débiteurs des créances qui font partie de la dot [10]; le créancier à qui des droits d'obligations ont été donnés en payement peut en exiger directement l'exécution [11]; le légataire d'une créance est autorisé à agir contre le débiteur de la créance léguée sans devoir attendre que l'héritier, vrai créancier de la dette, lui en ait fait cession [12]. — En présence de ces

[4] Ulpien, Fr. 16, pr. D., *de pactis* 2, 14. Cf. Fr. 2, § 8, D., *h.t.* 18, 4. — L. 5, C., *eodem* 4, 39.

[5] Aussi Papinien, en parlant des actions utiles accordées en matière de mandat, dit expressément qu'elles sont créées *exemplo institoriæ actionis*. Fr. 31, pr. D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 19, pr. D., *de instit. actione* 14, 3. — Fr. 10, § 5, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 13, § 25, D., *emti* 19, 1. Cf. ci-après, § 221 *in fine* et § 222, nos 1. 2.

[6] Papinien, Fr. 31, pr. D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Paul, Fr. 10, § 5, D., *mandati* 17, 1. « Idem Papinianus *rel...* » et Fr. 5, D., *de prætoriis stipulat.* 46, 5. Cf. ci-après, § 221 *in fine*.— Le Fr. 31, pr. D. *cité*, accorde le même avantage à propos de la *negotiorum gestio*. Cf. ci-après, § 274.

[7] Papinien, Fr. 68, D., *de procuratoribus*, ci-dessus, note 2. — Ulpien, Fr. 35, D., *eodem*. *Voy.* ci-après, § 221 *in fine*.

[8] Dioclétien et Maximien, L. 7. 8. 9, C., *de hereditate vendita* 4, 39, et L. 6. 7, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10. — L. 33, C., *de donationibus* 8, 53. Cf. Fr. 6, D., *de hereditate vendita* 18. 4. — Fr. 5, § 2, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — L. 11. 14, C., *de fideiussoribus* 8, 41.

[9] Ulpien, Fr. 15, § 8. 10, D., *de re iudicata* 42, 1.

[10] Valérien et Gallien, L. 2, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10.

[11] Alexander, L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17. — Dioclétien et Maximien, L. 5, C., *quando fiscus vel privatus* 4, 15. — Cf. Fr. 24, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — L. 4, C., *de evictionibus* 8, 45.

[12] Dioclétien et Maximien, L. 18, C., *de legatis* 6, 37. Cf. Fr. 44, § 6. Fr. 105, D., *de legatis I* (30). — § 21, I., *de legatis* 2. 20.

applications variées et nombreuses, nous sommes certes autorisés à généraliser le principe qui leur sert de base et à soutenir que celui qui légitimement peut exiger la cession d'une obligation, a toujours le droit d'agir *utiliter* contre le débiteur *quasi ex iure cesso*, sans devoir attendre que la cession ait eu lieu réellement. Cependant, d'après le témoignage de nos sources, cette faveur ne serait pas accordée d'une manière générale dans certaines hypothèses dans lesquelles le droit d'exiger la cession est fondé sur ce que, en faisant un payement, nous libérons un tiers, codébiteur ou débiteur principal de l'obligation que nous acquittons [13]. Si, dans un cas de ce genre, nous avons usé du droit d'exiger la cession, nous pouvons agir contre le débiteur libéré *ex iure cesso;* mais si nous avons payé sans obtenir la cession (ou sans nous la faire promettre [14]) il ne nous appartient pas d'agir *utiliter, quasi ex iure cesso* [15]. Les jurisconsultes romains expliquent et justifient cette diversité d'effets, en disant que, dans la dernière hypothèse, il n'est plus possible d'agir par la raison qu'il n'y a plus d'action, la créance ayant été éteinte par le payement, tandis que dans la première, la prestation faite au créancier doit être considérée, non pas comme une *solutio* éteignant la créance, mais comme un payement fait en vue de l'acquérir [15]. Ce raisonnement est ingénieux, mais subtil; et puisque, dans l'une des deux hypothèses, on a cru pouvoir recourir à une fiction (car c'en est une que de considérer le payement forcé comme constituant une vente [16]), on aurait pu l'étendre sans inconvénient à l'autre. Cette extension se trouve, au reste, consacrée par quelques décisions rendues en faveur de codébiteurs solidaires, de cotuteurs et de tiers possesseurs ayant acquitté une dette hypothécaire [17].

[13] Cela se présente dans la corréalité, entre cotuteurs et cofidéjusseurs, ainsi que dans le cas ou le tiers possesseur d'une chose hypothéquée acquitte la dette hypothécaire. Cf. ci-dessus, note 1, B.

[14] Fr. 36 in f. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 76, *verb.* Quodsi ante D., *de solutionibus* 46, 3, à la note suivante. — L. 1, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58.

[15] Fr. 21, D., *de tutelæ actione* 27, 3. « .... actio data non intercidit, quia ..... nominis pretium solutum videtur. » — Fr. 36, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « ... non enim in solutum accipit (creditor), sed quodammodo nomen debitoris vendit. » — Fr. 39, D., *eodem.* — Fr. 76, D., *de solutionibus* 46, 3. « Modestinus respondit : si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit. Quodsi ante solutionem hoc factum est vel, eum convenisset, *ut mandarentur actiones,* tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quæ fuit peremta videatur. » — L. 1, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. — L. 11. 14, C., *de fideiussoribus* 8, 41. — Cf. Fr. 5, § 2, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, et Fr. 24, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7, ci-dessus, notes 8 et 11.

[16] Qu'on ne nous objecte pas que la même manière de voir se rencontre dans la cession que le revendiquant doit faire au *b. f. possessor* qui paye la *litis æstimatio* (ci-dessus, note 1, A). Car si, dans cette hypothèse, le possesseur a négligé de se faire céder les actions, on les lui accorde *utiliter*. Fr. 7, § 1., D., *de Public. actione* 6, 2 et Fr. 70, D., *de rei vind.* 6, 1. « Nec *quasi* Publicianam quidem actionem ei dandam placuit... » Cf. ci-dessus, t. I, § 119, note 21 et § 122, note 14.

[17] *A* et *B)* Fr. 4, D., *de his qui effuderint* 9, 3. — L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58.

Reste à savoir s'il nous est permis d'y comprendre les cofidéjusseurs [18].

Nous croyons donc, sauf la réserve que nous venons de formuler, qu'il est permis de résumer la matière en ces termes : toutes les fois que nous avons le droit d'exiger de quelqu'un la cession d'une action, nous pouvons, sans attendre que la cession ait eu lieu en réalité, agir *utiliter* contre le débiteur, *quasi ex iure cesso*, et notre action utile aura absolument le même caractère et les mêmes effets que l'action qui serait intentée à la suite d'un mandat formellement donné par le créancier [19].

§ 189. *Conditions et effets de la cession*†.

Dans toute cession d'action, nous distinguons trois personnes : le créancier originaire qui fait la cession, le nouveau créancier qui se présente comme *procurator in rem suam* et qu'on appelle cessionnaire, enfin le débiteur qui doit payer à ce dernier et que les commentateurs appellent *debitor cessus* *. Le consentement des deux premières personnes est naturellement indispensable pour opérer le transfert de la créance, mais celui du débiteur n'est aucunement nécessaire [1].

Le transfert s'opère par le simple mandat que donne le cédant et qui n'exige aucune formalité.

Les effets de la cession découlent naturellement de la nature complexe de l'opération. Nous y trouvons, en effet, d'abord une aliénation en faveur du cessionnaire qui fait entrer la créance dans son patrimoine [2], ensuite un mandat qui lui est donné. Le dernier élément détermine la position du débiteur vis-à-vis des autres parties; l'idée de l'aliénation domine les

Cf. ci-dessus, § 186, note 37.–*C*) Fr. 57, D., *de legatis I* (30).—Le Fr. 45, § 9 in f. D., *de iure fisci* 49, 14, bien que favorable à notre thèse, n'est pas décisif. Il pourrait fort bien s'y agir d'un *ius singulare*. Pourquoi, en effet, le fisc, qui transfère la propriété qu'il n'a pas (t. I, § 106, note 2), serait-il impuissant de céder une action qui a cessé d'exister?

[18] Le doute est permis, puisque aucune loi n'a aboli les dispositions qui refusent aux cofidéjusseurs d'agir *quasi ex iure cesso*. Mais nous pourrions répondre que c'est un pur oubli, en nous prévalant du tit. C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58, où la Loi première refuse l'action utile que la Loi deuxième accorde.

[19] Fr. 47, § 1, D., *de negotiis gestis* 3, 5. En cas de conflit entre le quasi-cessionnaire et la personne obligée de faire la cession, le premier l'emporte naturellement. Fr. 16, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 27, § 1 in f. Fr. 28. 55, D., *de procuratoribus* 3, 3.—Fr. 8, § 19, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

† Titt. D., *de hereditate vel actione vendita* 18, 4; C., *eodem* 4, 39.

[1] L. 3, C., *h. t.* – L. 1, C., *de novationibus* 8, 42. – L. 2, C., *de donationibus* 8, 54.

[2] Fr. 13, § 1. Fr. 16, pr. D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 17, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. – L. 33, C., *de donationibus* 8, 54. Cet élément, par lequel la cession diffère de la simple assignation ou indication de payement, est indiqué par le terme *transferre*, dont se servent Gaius, Fr. 35, § 4 in f. D., *de contrah. emtione* 18, 1, et Justinien, L. 23, C., *mandati* 4, 35. Aussi les actions entre cessionnaire et cédant sont-elles, non pas *actiones mandati* (bien que le transport se fasse au moyen d'un mandat), mais celles qui résultent du rapport constituant la cause de l'aliénation : *actiones emti, pro socio*, etc. Le fond emporte la forme : Fr. 42, § 2, D., *de procuratoribus* 3, 3.

rapports entre le cédant et le cessionnaire et modifie les effets naturels du mandat sous deux points de vue, savoir en ce que la cession ne peut être révoquée par le cédant et qu'elle se transmet avec tous ses effets aux héritiers des parties.

A) Le cédant se dépouille du droit de poursuivre l'action cédée, pour que le cessionnaire acquière et exerce ce droit : il ne peut donc plus agir contre le débiteur ni recevoir payement de lui. S'il contrevient à cette obligation, il se rend passible de dommages et intérêts que le cessionnaire poursuivra par l'action résultant des rapports qui ont déterminé la cession [3]. Le cédant doit ensuite mettre à la disposition du cessionnaire tous les moyens de poursuite relatifs à la créance dont il s'agit, et faire, en un mot, ce qui est nécessaire pour que le cessionnaire ait l'action cédée et puisse la faire valoir [4]. A cet égard, la responsabilité du cédant est encore déterminée par la nature du rapport obligatoire qui a amené la cession [5]. On dit habituellement que le cédant n'est tenu d'aucune garantie, sauf le cas de dol, quand le transport se fait à titre gratuit, tandis que, dans les cessions à titre onéreux, il doit garantir l'existence de la créance, *nomen verum*, mais non pas la solvabilité du débiteur, *nomen bonum*, à moins qu'il n'ait agi *dolo*, sachant, au moment de la cession, que le débiteur était insolvable. Cette formule, dont la dernière partie est empruntée à nos sources [6], contient du vrai; mais elle est incomplète, et il faut la rectifier de la manière suivante : 1°) L'insolvabilité du débiteur cédé étant tout simplement une chance fortuite de perte [7], il est certain que le cédant n'en est point tenu [8], à moins que des circon-

[3] Fr. 23, § 1, D., *de hered. vel. act. vend.* 18, 4. « Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellitur. » — Cf. Fr. 2, § 5. Fr. 6. 19, D., *eodem.* — Fr. 25, *verbis* Plane si. Fr. 55, D., *de procurat.* 3, 3. — Fr. 17, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. — L. 3, C., *de novat.* 8, 42. — Cf. ci-après, note 5.

[4] Fr. 6. 14, pr. Fr. 23, pr. Fr. 25, D., *h. t.* — Fr. 24, pr. D., *de minoribus* 4, 4. — L. 7, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10.

[5] Ce principe, rationnel et équitable, découle nécessairement de la considération par laquelle nous avons terminé la note 2 et qui est tirée du Fr. 42, § 2, D., *de procuratoribus* 3, 3. Constatons que ce fait fortifie sensiblement la thèse que nous avons soutenue ci-dessus, § 173, Obs. 2, sur la prestation de la faute dans les obligations formées au moyen de la stipulation.

[6] Fr. 4, D., *h. t.* « Si nomen sit distractum, Celsus libri nono Digestorum scribit, *locupletem* esse debitorem non debere præstare, *debitorem* autem esse præstare, nisi aliud convenit. » — Fr. 5, D., *eodem.* — Fr. 30, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 68, § 1. Fr. 74, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 18, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Cf. Fr. 26, § 2. Fr. 45, § 7, D., *mandati* 17, 1. — L. 3, C., *de novat.* 8, 42. — Il importe de faire observer que, dans tous ces passages, il s'agit de cessions volontaires et à titre onéreux. Cf. ci-après, notes 11. 12. 13.

[7] Fr. 45, § 7, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 96, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 3, C., *de novationibus* 8, 42.

[8] Fr. 4, D., *h. t.* — Fr. 30, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 68, § 1. Fr. 74, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 18, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Cf. Fr. 26, § 2, D., *mandati* 17, 1. « *Bonum* nomen facit... (is) qui *admittit* debitorem delegatum. » — Fr. 45, § 7, D., *eodem.* — L. 3, C., *de novationibus* 8, 42.

stances particulières ne lui imposent, dans un cas donné, quelque responsabilité à cet égard [9]. 2°) Il est encore vrai de dire que le donataire n'est tenu d'aucune garantie [10]. 3°) Enfin, on peut donner comme règle que dans les cessions volontaires et à titre onéreux, le cédant est régulièrement tenu de garantir l'existence de la créance cédée, *nomen verum* [11]. 4°) Mais, en dehors de ces hypothèses, aucune règle générale ne saurait être formulée. Particulièrement, dans les cessions qui ne sont pas volontaires, les solutions varient suivant les faits [12], en ce qui concerne l'existence et l'étendue de l'obligation de garantie [13]. — Il va sans dire, au reste, que les parties sont libres de déroger, expressément ou implicite-

[9] Ces cas sont bien rares. En voici un : J'ai confié à Titius une gestion en suite de laquelle il aura à sa disposition des fonds que je le charge de placer à intérêts. Titius s'acquitte de son mandat, en rend compte et me cède les actions qu'il a contre les personnes chez lesquelles il a placé mes capitaux. Si l'une ou l'autre de ces personnes est insolvable et que Titius mérite, à ce propos, le reproche d'avoir manqué des soins que son mandat lui imposait, il sera responsable des pertes que je subirai par suite de cette insolvabilité (et ce, bien que le mandat soit à titre gratuit. Inutile de dire qu'il en serait de même si le mandataire avait reçu un honoraire). — On a soutenu qu'il y avait également lieu de garantir la solvabilité dans les cessions qui se font à titre de dot ou d'aliments. C'est une erreur. Il se peut, à la vérité, que, par suite de l'insolvabilité du débiteur cédé, il y ait lieu de constituer une nouvelle dot ou de fournir les aliments en acquit desquels la cession avait été faite. Mais cette conséquence découle, non pas d'une obligation de garantie de la créance cédée, mais de ce que l'obligation originaire, que la cession avait pour but d'éteindre, continue de subsister. *Voy.* ci-après, § 280, et t. III, § 310.

[10] *Voy.* ci-après, § 255, note 8. Deux observations : 1° On dit habituellement que notre règle subit une exception quand le donateur est *in dolo*, en invoquant le Fr. 18, § 3, D., *de donationibus* 39, 5. C'est inexact : le dol ne crée pas pour le donateur l'obligation de garantie, mais il l'expose à une *actio de dolo*, au cas que le dol ait été la cause d'un préjudice pour le donataire; ce qui est bien différent. 2° Notre proposition ne s'applique qu'aux cessions faites DONANDI animo, et il n'est pas permis de l'étendre, comme on le fait souvent, à toutes les opérations à titre gratuit. Pour s'en convaincre, il suffit de lire la note précédente.

[11] Fr. 4, § 13, D., *h. t.* — Fr. 74, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2. Cf. les autres passages cités ci dessus, note 6. Faisons observer que la garantie du *nomen verum* comprend naturellement celle de l'absence de toute exception qui serait de nature à rendre la créance inefficace, *exceptio perpetua*. Fr. 5, D., *de heredit. vel actione vendita* 18, 4. Cf. Fr. 20, § 3, D., *de liberali causa* 40, 12, et ci-après, § 195, OBS. n° 3. — Des interprètes modernes ont soutenu que notre règle était soumise à plusieurs exceptions, entre autres dans le cas de dation en payement, *in solutum datio*. Ce soutenement est dénué de tout fondement; en ce qui concerne le cas indiqué, il est surabondamment réfuté par le Fr. 96, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3.

[12] Signalons ici le Fr. 31, pr. D., *emti* 19, 1, où il est dit que l'acheteur qui, en remplacement de la chose vendue, violemment enlevée au vendeur, accepte de ce dernier l'action qu'il a contre l'auteur de l'enlèvement le fait *periculo suo*. Est-ce à dire que le vendeur soit libre de toute garantie? Evidemment non. Il faut distinguer. Si l'acheteur, agissant en vertu de l'action cédée, succombe par la raison que le défendeur n'est pas l'auteur de l'enlèvement, le vendeur n'en sera point responsable; mais il en serait autrement si l'acheteur avait succombé par la raison que la chose enlevée n'appartient pas au vendeur. Par contre, dans le cas du Fr. 35, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1, le demandeur revendiquant est affranchi de toute garantie, puisque le défendeur, en demandant la cession, se soumet au jugement dont la *pronuntiatio* a proclamé le demandeur propriétaire de la chose revendiquée.

[13] Nous avons vu, à la note précédente, que dans le Fr. 31, pr. D., *emti*, il y a lieu à une garantie restreinte. Dans les hypothèses qui ne renferment aucun titre onéreux, le cédant ne sera

ment, aux règles que nous venons de donner. Notamment, en ce qui concerne la garantie, le cédant peut stipuler qu'il n'en sera tenu d'aucune façon ou excepter certaines hypothèses de garantie, comme, d'un autre côté, il peut s'obliger à garantir la solvabilité du débiteur [14]. Mais il est à remarquer que la nature particulière de l'objet aliéné soumet de pareilles conventions dérogatoires à une interprétation stricte et rigoureuse [15].

B) La condition du débiteur ne subit aucune altération par suite de la cession. Pour lui, l'obligation demeure ce qu'elle était, et s'il doit répondre à l'action du cessionnaire, c'est uniquement parce que celui-ci se présente comme mandataire du véritable créancier. Vis-à-vis du cédant, le débiteur reste donc ce qu'il était auparavant : il peut payer valablement au cédant et sera libéré par le payement qu'il lui fait ; mais aussi si le cédant le poursuit, il ne peut refuser de payer en se prévalant de la cession dans laquelle il n'est point intervenu [16]. Cette situation change cependant si le débiteur est dûment informé de la cession [17]. La signification, *denuntiatio*, qui lui en est faite entraîne dans le droit nouveau le même effet obligatoire que la *litis contestatio* produisait anciennement : à partir de ce moment, le débiteur ne peut plus valablement payer qu'au cessionnaire [18]. Aucune formalité n'est requise pour la dénonciation, qui peut se faire soit par le cédant, soit par le cessionnaire : cependant la connaissance accidentelle que le débiteur pourrait avoir de la cession ne saurait tenir lieu de signification, car tant qu'aucun fait obligatoire n'est

régulièrement soumis à aucune garantie. Tel est le cas du demandeur en revendication qui a été contraint de céder ses actions en échange de la *litis æstimatio*, payée par le défendeur (Fr. 35, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1, et ci-dessus, t. I, § 119, note 21. Cf. Fr. 8, § 1. Fr. 9. 10, D., *rerum amotarum* 25, 2); de l'héritier qui a dû céder une créance léguée, *nomen legatum* (Fr. 75, § 1. 2, D., *de legatis I*, et ci-après, t. III, § 434), et de la plupart des cessions nécessaires dont nous avons parlé au § 188. — Quant aux cessions faites à l'effet de constituer une dot, qui ont donné lieu à plus d'une controverse, nous en traiterons avec détail, ci-après, t. III, § 310.

[14] Fr. 4. 5. 10. 11. 12, D., *h. t.* – Fr. 6, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. – Fr. 22, § 2, D., *mandati* 17, 1. « Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem (UTILEM. *Voy.* t. I, § 52, note 1) : veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat... Igitur quod minus servavero, consequar mandati actione. » – Fr. 45, § 7, D., *eodem.*

[15] Ainsi, quand il s'agit d'une créance exigible, la promesse de garantir la solvabilité ne s'entend que de la solvabilité actuelle et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a pas expressément stipulé; car l'insolvabilité future est un accident que le cessionnaire peut prévenir en poursuivant immédiatement. Arg. Fr. 35, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 41, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3.

[16] Fr. 27, pr. Fr. 55, D., *de procuratoribus* 3, 3. – Fr. 23, § 1, D., *h. t* – L. 3, C., *mandati* 4, 35. – L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17. – L. 3, C., *de novationibus* 8, 42. — Cf. Fr. 17, D., *de transactionibus* 2, 15.

[17] *Certior factus*, dit la L. 4, C., *qui res pignori* 8, 17. A plus forte raison s'il est intervenu lui-même dans l'acte de cession.

[18] L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17. – L. 3, C., *de novationibus* 8, 42. *Voy.* ci-dessus, § 187, note 6.

intervenu entre lui et les autres parties, le transport est, à son égard, *res inter alios acta* [19]. — Après la dénonciation, la cession de la créance agit avec toutes ses conséquences à l'égard du cessionnaire ; les effets qu'elle produit sont toujours dominés par le principe fondamental d'après lequel le cessionnaire fait valoir le droit du cédant, d'où il résulte que la condition du débiteur ne peut subir aucun changement, surtout aucun changement défavorable [20].

1°) Le cessionnaire fera donc valoir la créance exactement telle que l'avait le cédant, avec tous ses accessoires et notamment avec les droits et priviléges qui y sont attachés [20]. A propos des priviléges se présente une question de fait dont la solution n'est pas sans difficulté, celle de savoir si l'on doit considérer comme attachés à la créance tous les priviléges qui compètent au créancier originaire. Quelques auteurs cherchent à résoudre la difficulté en disant que le cessionnaire peut exercer les *privilegia causæ,* mais non pas les *privilegia personæ*, qui appartenaient au cédant. Cette distinction, bien qu'elle soit empruntée aux jurisconsultes romains [21], ne saurait être admise à cause du vague des termes qu'elle renferme. Pour ne citer qu'un exemple à l'appui de ce reproche, tout le monde sera sans doute tenté de considérer comme un privilége personnel le bénéfice de la restitution en entier, accordé au mineur, et pourtant le droit romain, d'accord avec la raison et avec l'équité, permet au cessionnaire majeur de se prévaloir de la restitution dans le cas où le cédant mineur aurait pu le faire [22]. D'autres interprètes refusent au cessionnaire

[19] *Voy.* ci-après, § 206.

[20] Fr. 2, pr. D., *h. t.* « ... Neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem (i. e. qui hereditatem vendidit) futurum esset. » — Fr. 6, D., *eodem.* « Emtori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet, eius quoque quod postea venditor accepit. Nam beneficium venditoris prodest emtori. » — Fr. 23, D., *eodem.* « Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores huius debiti cedere debet, nisi aliud actum est. » — L. 5, C., *h. t.* « Emtor hereditatis, actionibus mandatis, eo iure uti debet quo is cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarias actiones emtori tribui placuit. » — L. 7. 8, D., *eodem.* — L. 6. 7, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10. *Voy.* ci-dessus, § 188, note 8. — Il va sans dire que le choix dans les obligations alternatives et *generis,* s'il appartient au cédant, passe également au cessionnaire. Fr. 75, § 3, D., *de legatis I* (30). *Voy.* ci-après, § 191, note 10.

[21] Fr. 68, D., *de regulis iuris* 50, 17. « In omnibus causis id observatur : ut ubi personæ condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat : ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius pervenerit, non deficiat ratio auxilii. » Cf. Fr. 196, D., *eodem,* et Fr. 42, D., *de administr. tutorum* 26, 7, transcrit ci-après, note 24.

[22] Fr. 24, D., *de minoribus* 4, 4. « Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat. Quod si hoc facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur : sed compellendus est, sic ei cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire. » — Les Fr. 43, D., *de usuris* 22, 1 ; L. 7, C., *de iure fisci* 7, 73, et L. 2, C., *de his qui in priorum creditorum locum succedunt* 8, 19, consacrent le même principe à l'égard des priviléges du fisc.

les priviléges du cédant qui se rapportent à la procédure, y compris les mesures d'exécution, mais lui accordent tous ceux qui tiennent au fond du droit. Bien qu'elle repose sur un élément rationnel, savoir sur la considération que le cessionnaire agit *in rem suam*, cette distinction ne trouve aucun appui dans nos sources : d'ailleurs elle ne résout pas complétement la question ; car on ne saurait méconnaître que souvent un privilége de procédure peut considérablement influer sur la valeur du droit même qu'il s'agit de poursuivre. Il est difficile de poser une règle à la fois absolue et rationnelle [23] dans une matière aussi peu rationnelle que celle des priviléges : nous estimons que l'on concilie le mieux les principes généraux avec l'esprit des lois romaines, en accordant au cessionnaire tous les priviléges quelconques qui étaient acquis au cédant vis-à-vis du débiteur avant la notification du transport, mais aussi ceux-là seuls [24]. Quant aux priviléges qui sont purement personnels au cessionnaire, la raison et l'équité s'opposent évidemment à ce qu'il puisse en faire usage alors qu'il fait valoir le droit d'un autre [25].

2°) Si le cessionnaire peut se prévaloir des droits attachés à l'action cédée, par contre aussi il doit subir les exceptions que le débiteur aurait pu opposer au cédant agissant en nom propre [26]. Cette règle découle de la nature des choses, et elle est de plus impérieusement dictée par le principe d'équité qui veut que la condition du débiteur ne puisse être empirée par la cession [27]. C'est sans aucun fondement que quelques auteurs vou-

[23] Nous passons entièrement sous silence le système erroné qui pendant assez longtemps était presque généralement adopté et d'après lequel le cessionnaire pourrait faire valoir les priviléges du cédant dans les cessions volontaires et ne jouirait point de cet avantage dans les cessions nécessaires ni dans les cas où il agirait *actione utili, quasi ex iure cesso. Voy.* ci-dessus, § 188 *in fine.*

[24] Dans ce système, nous écartons sans peine la difficulté que fait naître un fragment du Digeste, généralement considéré comme fort embarrassant, savoir le Fr. 42. D., *de administratione tutorum* 26, 7. « Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit. In rem suam iudicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. Non enim causæ sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem. » Il est à remarquer, en effet : 1° que le *privilegium exigendi* dont il s'agit dans ce texte ne compète point contre le *débiteur*, mais contre les créanciers avec lesquels le privilégié concourt, et 2° que ce privilége n'est point acquis avant la déconfiture du débiteur. *Voy.* ci-après, § 300, notes 14. 19.

[25] Il paraît cependant qu'on violait le principe en faveur du fisc. Fr. 17, § 6. Fr. 45, *de usuris* 22, 1. — Fr. 6, D., *de iure fisci* 49, 14.

[26] Il ne s'agit, bien entendu, que des exceptions fondées sur des faits antérieurs à la dénonciation du transport. Cf. ci-dessus, notes 17. 18. 24.

[27] *Voy.* ci-dessus, note 20. Ainsi le débiteur peut refuser le payement, en se fondant sur ce qu'il a payé au cédant. L. 4, C., *quæ res pignori obligari possunt* 8, 17. — Il peut opposer au cessionnaire la compensation de ce que le cédant lui devait. Fr. 4. 5, D., *de compensationibus* 16, 2, et Fr. 23, § 1, D., *de hereditate vendita* 18, 4. Il peut se prévaloir de la transaction faite avec le cédant, de la remise accordée par lui et de la prescription accomplie ou commencée contre lui. Fr. 17, D., *de transactionibus* 2, 15; Fr. 70, § 2, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1, et ci-après, note 28.

draient contester ce droit à l'égard des exceptions fondées sur le dol du cédant ou sur un pacte rémissoire personnel consenti par lui. Loin de trouver un appui dans le droit romain [28], cette opinion, qui d'ailleurs consacrerait une thèse contraire à la morale, est très-formellement condamnée par plusieurs passages de nos sources [29]. Mais il faut bien admettre que le droit du débiteur de se prévaloir de tous les moyens opposables au cédant se borne aux exceptions qui, dans la formule de l'action, précèdent la *condemnatio*. Cette restriction résulte nécessairement du système de procédure sous lequel notre matière s'est développée — la *condemnatio* en effet, étant conçue au nom du cessionnaire, ne pouvait contenir des exceptions dirigées contre une autre personne [30], — mais il n'en est pas moins vrai que c'est une atteinte portée aux principes et à l'équité. Pour terminer, ajoutons que le débiteur peut aussi opposer les exceptions qui ont leur cause dans la personne du cessionnaire, bien qu'elles soient entièrement étrangères au cédant [31]. Cette règle paraît au premier abord contraire aux principes, puisque le cessionnaire agit comme mandataire du cédant; mais il ne faut pas perdre de vue qu'il est *procurator in rem suam*. Or, comme le résultat final de l'opération doit tourner à son profit, il est tout naturel que les causes qui agissent contre sa personne en général agissent aussi contre lui, considéré comme cessionnaire.

[28] Pour l'exception de dol, on a invoqué à tort le Fr. 4, § 27. 28, D., *de doli exceptione* 44, 4. Le § 27 confirme implicitement notre règle. Le § 28 est conçu dans les termes suivants : « Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum ne adeam hereditatem ; et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem : exceptionem doli mali eius qui ei cessit, non potest pati. » Il suffit de lire ce passage avec attention pour se convaincre qu'il s'y agit de la cession, non pas d'une action, c'est-à-dire d'un droit existant entre deux personnes déterminées, mais d'un droit d'hérédité, qui existe vis-à-vis de tout le monde et revêt sous ce rapport un caractère aussi absolu que le droit de propriété. *Voy.* ci-après, § 190, notes 1. 3. 17, et ci-après, t. III, § 413, notes 25 et suivantes.

[29] Fr. 16, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 5, pr. D., *de institoria actione* 14, 4. — Fr. 51, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — Fr. 17. 22, § 5, D., *de liberali causa* 40, 12. — Fr. 2, § 2. Fr. 4, § 27, D., *de doli mali except.* 44, 4. — *Voy.* encore, ci-après, § 213, n° 3, et § 295, note 33.

[30] Cela s'applique surtout au bénéfice de compétence. *Voy.* ci-dessus, § 170, notes 3-12, et t. I, § 62, note 3. Si le bénéfice de compétence est fondé sur des raisons absolues, le débiteur pourra naturellement le faire valoir contre le cessionnaire, comme il le ferait contre tout autre; mais il n'en serait pas de même s'il était fondé sur des relations personnelles au cédant. Par contre, il peut également se faire que le débiteur puisse le faire valoir contre le cessionnaire, alors qu'il n'aurait point eu le droit de l'opposer au cédant, savoir s'il existe entre lui et le cessionnaire des rapports personnels qui y donnent lieu ou si le fait sur lequel il est fondé est survenu après la cession. Cf. la note suivante.

[31] Fr. 4, § 18, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. « Quæsitum est an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit? Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus est, etiam de præterito eius dolo, hoc est si ante acceptum iudicium dolo aliquid fecerit, esse excipiendum; si vero non in rem suam, dolum præsentem in exceptione conferendum. »

§ 190. *Quelles actions on peut céder. — Restrictions.* Lex Anastasiana.

Dans l'examen de la question qui fait l'objet principal de notre paragraphe, il importe avant tout de distinguer entre l'action et le droit qui lui sert de fondement. Pour nous, qui n'avons à nous occuper ici que de la cession des actions, cette distinction est importante sous plusieurs points de vue. D'abord l'action constitue, à la vérité, elle-même un droit, mais ce droit est toujours nécessairement un droit d'obligation, tandis que le droit qui lui sert de base peut appartenir à toute autre catégorie de droits, et notamment à une espèce de droits dont le transfert n'est point soumis aux restrictions qui s'appliquent à la cession des actions [1]. Ensuite il est possible que le même rapport de droit contienne divers éléments qui sont de nature à faire naître, par suite d'une lésion survenue, plusieurs actions diverses, indépendantes l'une de l'autre. Dès lors, il peut se faire que ces dernières soient susceptibles d'être cédées séparément, sans que le droit qui leur sert de base soit affecté de la cession [2]. Enfin le transfert d'une action suppose toujours naturellement, que la manifestation du droit qu'elle sert à faire valoir dans l'espèce soit susceptible d'être faite par un autre que le titulaire même de ce droit [3]. Sous ce rapport, il est à remarquer, d'abord que les droits personnels ne peuvent être exercés que par la personne à qui ils compètent, et que, même parmi les droits patrimoniaux, il en est dont l'exercice est inséparable de la qualité de titulaire du droit. A ces restrictions résultant de la nature des choses, il faut ajouter la disposition positive du droit romain, qui défend l'aliénation des choses litigieuses, d'où la conséquence qu'une action n'est plus cessible dès le moment où elle a été intentée [4]. — Après ces observations, la règle qui domine notre matière peut être formulée dans les termes suivants : Est cessible toute action non encore intentée qui a pour but de faire valoir une manifestation de droits patrimoniaux quelconques, pourvu que la manifestation dont il s'agit ne soit point par

[1] C'est ainsi que le droit de propriété est cessible, tandis que l'action négatoire, fondée sur le droit de propriété, ne l'est point en entier. (*Voy.* ci-après, note 7.) Par contre, bien que les servitudes et les droits d'obligation ne soient point cessibles, on peut céder des actions qui ont pour but de faire valoir ces droits. (*Voy.* ci-après, les notes 7. 11-15.)

[2] Cette considération est importante pour les actions confessoire et négatoire, ainsi que pour les rapports d'obligation d'une nature complexe. (*Voy.* ci-après, notes 7 et 15.)

[3] C'est par une application directe de ce principe que l'on ne peut céder : 1° une action qui se rapporte à un droit accessoire sans céder le droit principal; 2° une action quelconque dont l'exercice suppose une qualité déterminée dans la personne du demandeur, alors que cette qualité elle-même est incessible ou tout au moins n'a pas été cédée dans l'espèce.(*Voy.* ci-après, notes 5. 7. 15.) — Peut-on invoquer cette considération pour soutenir que le droit de demander des aliments est incessible? *Voy.* ci-après, §§ 280. 296.

[4] L. 2, C., *de litigiosis* 8, 37. *Voy.* ci-dessus, t. 1, § 54 *in fine*

sa nature inséparable de la qualité de titulaire du droit même qui sert de base à l'action.

Si nous faisons application de cette règle aux diverses espèces de droits, nous arrivons aux résultats suivants :

A) Les actions fondées sur les droits personnels ne sont en aucune façon cessibles, par la raison que l'exercice de ces droits est, sous tous les rapports, inséparable de l'individualité de la personne à qui ils appartiennent [5]. — *B*) Quant aux droits réels, il faut distinguer le droit de propriété et les divers *iura in re* : 1° Parmi les actions fondées sur le droit de propriété, la revendication est à tous égards cessible [6]. Quant à l'action négatoire, il est évident qu'il est impossible d'en céder la partie principale et essentielle, savoir la constatation de la propriété libre, suivie de la défense de trouble et éventuellement de la caution relative au trouble à venir ; mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire constitue un *procurator in rem suam*, à l'effet de recevoir le montant des dommages et intérêts auxquels le défendeur peut être condamné [7]. 2° L'action confessoire, afin de poursuivre un droit de servitude, est soumise aux règles que nous venons d'établir pour l'action négatoire : elle est incessible en ce qui concerne son élément principal, savoir la reconnaissance du droit, la défense du trouble et la caution éventuelle ; mais rien ne s'oppose à ce que le titulaire du droit cède à un tiers la partie pécuniaire de la condamnation qui se rapporte aux dommages et intérêts, aux fruits qui n'ont pu être perçus, etc. 3° Les actions destinées à faire valoir les droits d'emphytéose et de superficie ou à combattre des usurpations de ces droits doivent être jugées d'après les principes que nous avons exposés en traitant des actions confessoire et négatoire. 4° L'action hypothécaire est cessible, mais elle est inséparable du droit d'hypothèque, lequel, de son côté, est un accessoire obligé de la créance qu'il a pour but de garantir [8]. — *C*) Les actions relatives aux droits d'obligation sont en général cessibles, à moins que, dans un cas par-

[5] Dans l'ancien droit, il y avait, à la vérité, des cas dans lesquels un tuteur pouvait céder son droit de tutelle ; mais il est à remarquer d'abord que, dans ces cas, la tutelle avait plus ou moins une importance pécuniaire ; ensuite, que la cession dont il s'agit est une *in iure cessio* et non pas une cession d'action. *Voy.* Gaius, I, 168-172. — Ulpien, XI, 6. 7. 8. 17, et ci-après, t. III, § 354.

[6] Gaius, IV, 86. « ... In rem quoque si agit, intendit P. Mævii rem esse ex iure Quiritium et condemnationem in suam personam convertit. » — L. 9, C., *de hereditate vel actione vendita* 4, 39. « Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis nomen generale sit omnium, sive in rem sive in personam, actionum, et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere. » — Dans certains cas, le propriétaire est même *tenu* de céder sa revendication. *Voy.* ci-dessus, § 188, note 1, A.

[7] Cela ne se trouve dit nulle part, mais résulte inévitablement de la nature des choses.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 188, note 8, et § 189, note 20.

ticulier, une raison spéciale ne s'y oppose. La loi romaine a excepté notamment deux catégories d'actions pénales, connues sous les noms de *actiones populares* et *actiones vindictam spirantes* [9]. Ces actions, en effet, tant qu'elles n'ont pas été intentées, ne font pas encore partie de notre patrimoine, et dès qu'elles sont intentées, elles ne peuvent plus être aliénées, étant devenues litigieuses [10]. Abstraction faite de ces exceptions, dérivant de la nature des choses et de règles légales, nous pouvons donc céder toute action résultant de droits d'obligation, quelle que soit l'origine de l'obligation, qu'elle provienne de conventions, de délits ou de toutes autres causes [11], et cela sans distinction entre obligations civiles ou naturelles [12], obligations unilatérales ou synallagmatiques [13], obligations pures et simples, à terme, conditionnelles, incertaines, alternatives, etc. [14]. Mais il importe de ne pas perdre de vue l'observation que nous avons présentée au commencement du paragraphe, savoir que l'objet de la cession est l'action et non pas le rapport obligatoire même

[9] Les Romains appelaient *populares* certaines actions pénales que tout citoyen pouvait intenter, bien qu'il n'y eût aucun intérêt personnel. Elles se rapportaient principalement à des questions d'intérêt général que nous considérons aujourd'hui comme étant du domaine de la police. *Voy.* t. I, § 55, n° IV, et ci-après, § 279, n°s 2 et 3. — Le nom de *actiones vindictam spirantes* est donné à d'autres actions qui ont pour fondement, moins une lésion matérielle qu'un affront personnel dont on veut tirer vengeance. Telle est, par exemple, l'*actio iniuriarum*. Fr. 2, § 4, D., *de collationibus* 37, 6. « ... Magis enim vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem. » *Voy.* aussi ci-après, § 272, et ci-dessus, t. I, § 56, note 5.

[10] Fr. 5, pr. D., *de popularibus actionibus* 47, 23. — Fr. 7, D., *eodem*. « Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto. 1. Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior. » — Fr. 28, D., *de iniuriis* 47, 10. « Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. » Cf. Fr. 13, D., *eodem*. — Fr. 32, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 12, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. — La plupart des auteurs modernes déclarent également incessibles, comme *vindictam spirantes*, les actions en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, ainsi que la *querela inofficiosi testamenti*. Cette opinion repose évidemment sur un malentendu, comme nous chercherons à l'établir ci-après, au § 255, pour la révocation des donations. En ce qui concerne la *querela inofficiosi testamenti*, nous nous bornons à faire observer que cette action a incontestablement, dans le droit nouveau, un caractère patrimonial et que le Fr. 1, § 8, D., *si quid in fraudem patroni factum sit* 38, 5, n'est aucunement concluant pour notre matière. (*Voy.* aussi t. III, § 392, notes 4 et 5.)

[11] Fr. 7, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 35, § 4, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 31, pr. D., *emti* 19, 1. — Fr. 38, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 14, pr. Fr. 80, § 7, D., *de furtis* 47, 2.

[12] Quand il s'agit d'une obligation naturelle, le cessionnaire ne peut évidemment faire valoir que les moyens attachés à ce genre d'obligations, savoir les exceptions auxquelles elle peut donner lieu, ou bien les actions résultant de droits accessoires y relatifs. Fr. 40, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. « Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quæ iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariæ actiones transeunt, nulla enim separatio est : imo et causa naturalium obligationum transit. » Cf. Fr. 64, pr. D., *eodem*, et Fr. 40, § 3, D., *de condicionibus et demonstrationibus* 35, 1. *Voy.* ci-dessus, § 187, note 3, et ci-après, § 195.

[13] Cf. ci-après, note 15.

[14] Fr. 43, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 5. 17. 19. D., *de hereditate vel actione vendita* 18, 4. — Fr. 75, § 3, D., *de legatis I* (30). — L. 3, C., *de donationibus* 8, 54.

qui lui sert de base [15]. Quant aux actions possessoires, qui appartiennent à la grande catégorie des actions personnelles, nous avons à distinguer les interdits *retinendæ possessionis* et ceux destinés à nous faire recouvrer une possession perdue. Les premiers, ayant le même but pratique que les actions confessoire et négatoire, sont soumis aux mêmes restrictions, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être cédés que pour leur partie pécuniaire; les *interdicta recuperandæ possessionis* peuvent être cédés en entier [16]. — *D*) Le droit d'hérédité donne lieu à une action qui porte le nom de *petitio hereditatis*. Cette action, qui, pour le fondement et pour le but, est parfaitement analogue à la revendication, peut être cédée comme elle. L'héritier a, d'ailleurs, la faculté de céder son droit d'hérédité même, et pareille cession entraîne comme suite nécessaire l'obligation de céder les actions comprises dans le patrimoine qui fait l'objet de la succession [17]. Ajoutons, pour ne rien oublier de ce qui peut se présenter dans les successions à cause de mort, que les legs ou fidéicommis constituent, dans la personne du légataire ou fidéicommissaire, soit des droits réels, soit des droits d'obligation, et que, par suite, la cession des actions relatives aux legs et fidéicommis est soumise aux règles que nous avons exposées ci-dessus.

En présence de cette analyse, nous n'avons plus besoin de réfuter un adage qui a eu cours dans l'école depuis les temps des glossateurs, et d'après lequel : * *Quæ ad heredem sunt transmissibilia, sunt etiam cessibilia* *. Sans parler des raisons de principe qui s'opposent à l'assimilation que ce brocard renferme, il suffit de rappeler ici, au point de vue pratique, d'une part, que l'action servant à faire valoir le droit résultant d'un

[15] C'est en donnant à cette observation une portée exagérée qu'on dit souvent que nous ne pouvons céder des droits auxquels se trouvent attachées des obligations, et particulièrement que nous ne pouvons céder des créances nées d'un contrat synallagmatique. Il est certain que nous ne pouvons céder le rapport synallagmatique même, pas plus que tout autre rapport obligatoire (ci-dessus, § 187, note 1); mais rien ne s'oppose à ce que les actions qui sont nées ou naîtront d'un pareil rapport fassent l'objet d'une cession. Il est d'abord évident que les actions *emti, venditi, locati, pro socio,* qui ont pour objet la livraison de la chose vendue, le payement du prix de vente, le payement du loyer dû, d'une somme d'argent due par un associé sont parfaitement cessibles, quand la créance est liquide et qu'aucune exception ne peut lui être opposée. Mais il en est de même de toute autre hypothèse. Supposons, en effet, que dans l'espèce, le débiteur actionné ne soit tenu d'exécuter que moyennant une prestation à faire par le cédant. Si, dans ce cas, la prestation est de nature à pouvoir être effectuée par le premier venu, par exemple, le payement du prix de vente, le cessionnaire exécutera. Que si, au contraire, la prestation ne peut être faite que par le cédant en personne, le cessionnaire sera obligé d'obtenir cette prestation du cédant, sauf à être repoussé (si la prestation ne se fait pas) au moyen de l'*exceptio non adimpleti contractus* *, comme le serait le cédant agissant lui-même. Cf. ci-après, § 204. — La vente d'une hérédité nous offre, au reste, un exemple frappant de cession de droits entachés d'obligations. L. 2, C., *de pactis* 2, 3. — L. 2, C., *h. t.*, 4, 39, et ci-après, t. III, § 415, Observation.

[16] *Voy.* ci-dessus, notes 6. 7, et Fr. 16, § 4, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. « ... Quia habet interdictum UNDE VI, quo victus cedere debet... »

[17] *Voy.* ci-après, t. III, § 415.

legs conditionnel est parfaitement cessible, tandis que les legs conditionnels ne se transmettent point aux héritiers [18]; d'autre part, que l'action intentée, absolument incessible en droit romain, se transmet toujours aux héritiers [19] et que les actions confessoire et négatoire passent à l'héritier avec le droit qui leur sert de base, tandis qu'elles ne sont point cessibles en ce qui concerne leur élément principal [20].

Il nous reste à parler de certaines restrictions que le législateur a introduites dans notre matière. Deux de ces restrictions sont toutes spéciales et fondées sur des motifs dérivant de la qualité des personnes qui interviennent dans la cession; une autre, d'une nature plus générale, est connue sous le nom de *lex Anastasiana*.

Pour des motifs personnels [21], une constitution de Dioclétien et de Maximien défend de céder des créances à une personne qui, par sa puissance ou sa position sociale, serait un adversaire plus onéreux ou plus dangereux pour le débiteur, *cessio in potentiorem* [22]. — Une novelle de Justinien défend aux tuteurs et aux curateurs d'accepter la cession d'une créance quelconque à charge des personnes qui sont soumises à leur tutelle ou curatelle [23]. — La cession faite au mépris de ces défenses est nulle et entraîne même la perte de la créance, si elle est faite dans une intention mauvaise [24].

Pour empêcher les spéculateurs d'acheter des créances à vil prix et pour mettre les débiteurs à l'abri des vexations auxquelles pareil trafic les exposerait, l'empereur Anastase statua que le cessionnaire ne pourrait en aucun cas exiger du débiteur plus qu'il n'aurait payé lui-même pour acquérir la créance, y compris les intérêts du prix [25]. Cette défense

[18] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 420. 421.

[19] *Voy.* ci-dessus, note 4, et t. I, § 54, B, n° 2; § 56, note 2.

[20] *Voy.* ci-dessus, note 7.

[21] Il faut bien, pour ne point laisser de lacunes, mentionner ici que le fils sous puissance ne peut, d'une manière efficace, devenir cessionnaire d'une créance à charge de son *paterfamilias*. Fr. 7, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7.

[22] L. 1. 2, C., *ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare vel actiones in se transferre* 2, 14. — Déjà, sous la république, une *loi Licinia* avait défendu les aliénations qui avaient pour but de rendre la position de l'adversaire plus onéreuse par rapport à la poursuite de ses droits (Fr. 12, D., *de alienat. iudicii mutandi causa factis* 4, 7.) La même défense fut, plus ard, particulièrement consacrée pour les cessions faites au fisc. PAUL, V, 12, 7. – Fr. 22, § 2, D., *de iure fisci* 49, 14. – L. 2, C., *ne fiscus vel privatus* 2, 18.

[23] *Novelle* 72, *cap.* 5.

[24] C'est une question controversée que celle de savoir si la créance s'éteint en faveur du débiteur ou si elle est acquise au fisc. L'analogie de la *Nov.* 72, cap. 5, § 1, est pour la première opinion. « Tunc enim infirmum esse volumus quod agitur et non posse ullam actionem valere cessam adversus eum, cuius prius curam administraverat, sed pro non facto id esse et lucrum fieri adolescentis. » *Voy.* aussi Fr. 3, in f. D., *de litigiosis* 44, 6.

[25] Le Code Napoléon, art. 1699-1701, a admis le principe de la loi Anastasienne, mais en en restreignant l'application aux créances litigieuses.

fut confirmée et développée par une constitution de Justinien [26]. Voici les détails des dispositions renfermées dans ces deux lois. *A*) La règle énoncée ne s'applique qu'aux cessions qui se font à titre onéreux : celles faites par pure libéralité n'y sont point soumises ; mais si les parties ont fait semblant de faire une cession à titre gratuit, soit en tout, soit en partie, le débiteur peut se prévaloir du bénéfice de la loi Anastasienne [27]. *B*) Par contre, elle ne s'applique pas à certains cas dans lesquels toute intention frauduleuse semble être exclue, savoir : lorsque la cession a été faite en payement d'une dette, sauf la preuve du dol ; lorsqu'elle a eu lieu pour effectuer le partage d'une succession et lorsqu'elle a pour but la conservation d'un autre droit ou de la possession d'une chose [28]. Ces exceptions ont été révoquées par Justinien, mais la constitution qui contient cette révocation ne nous a pas été conservée [29]. *C*) Dans les cas où la loi Anastasienne souffre application, le débiteur peut éviter la condamnation en offrant au demandeur de lui payer le prix de la cession avec les intérêts. Dans tous les cas, il ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de la même somme : pour le reste, l'obligation s'éteint de plein droit. — Il y a controverse sur la question de savoir si c'est au demandeur de prouver la somme qu'il a payée, ou s'il incombe au défendeur d'établir que la cession a été faite à une somme moindre que la valeur nominale de la créance. Le texte de la constitution d'Anastase et le but que l'empereur s'était proposé semblent imposer au demandeur le devoir

[26] Anastase, L. 22, C., *mandati* 4, 35. — Justinien, L. 23, C., *eodem*.

[27] L. 22, C., *citée*. « ... Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda : ut cessiones... secundum actionum quæcunque cessæ sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant. » — L. 23, C., *eodem*. « ... Sed cum hi, qui circa lites morantur, eamdem piam (Anastasianam) dispositionem in sua natura remanere minime concesserint, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter Anastasianæ constitutioni subvenientes sancimus nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre... 1. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur et pecunias pro parte accipit et vendit particulatim actiones, partem autem donare simulat, vel ipsi qui emtionem actionis partim subit, vel forsitan alii per suppositam personam, quia et hoc sæpius perpetratum esse didicimus : huiusmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil amplius accipiat quam ipse vero contractu re ipsa persolvit ; sed omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus ; et neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem. »

[28] L. 22, C., *citée*. « ... Exceptis scilicet cessionibus quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit ; et his quascumque vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit ; nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliæ relictæ sunt, pro his fieri necesse sit. »

[29] Les *Basiliques* XIV, 1, 86, en contiennent une analyse en grec. C'est la traduction latine de cette analyse, faite par Cujas, qui figure dans la plupart des éditions du *Corpus iuris* comme L. 24, C., *mandati* 4, 35.

de prouver qu'il a qualité d'exiger le payement entier de la créance dont il poursuit le recouvrement; mais il satisfait à ce devoir par la simple production du titre de cession, sauf à l'adversaire à en contester la sincérité, s'il le juge convenable [30].

DE L'OBJET DES OBLIGATIONS.

§ 191. *Obligatio speciei et obligatio generis. — Obligation alternative.*

L'objet de toute obligation est une prestation à faire par le débiteur.

Cette prestation peut être individuellement déterminée ou ne l'être point. Dans le premier cas, les Romains disent que c'est une *species* qui est due, *obligatio speciei* [1]. Il faut se garder de traduire le mot *species* par espèce : il sert régulièrement à désigner un individu déterminé, l'esclave Stichus, tel cheval déterminé, telle maison déterminée, etc.; tandis que le mot français *espèce* répond souvent au terme romain *genus* [2]. — Quand la prestation est individuellement déterminée, il y a lieu d'appliquer dans toute leur étendue les règles sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit que nous avons exposées au § 173. Par contre, quand l'objet de la prestation n'est déterminé que par le genre auquel il appartient, *obligatio generis* [3], les règles sur le lieu et le temps de la prestation souffrent également application; mais il ne peut être question de la perte ou de la détérioration de l'objet [4], puisque, avant l'exécution, personne ne peut dire que telle chose est l'objet de la prestation plutôt que telle autre du même genre [5]. — L'objet d'une *obligatio generis* peut consister en une quotité de choses fongibles, par exemple, mille francs, dix hectolitres de froment [6]. Il se peut aussi que ce soit une chose non fongible, par exemple, un esclave, un cheval. Dans ce dernier cas, c'est une question importante que celle de savoir à qui, du créancier ou du débiteur, appartient le choix de l'objet; car un *genus* peut comprendre des individus de

[30] L. 22, C., *citée*. « ... Per hanc itaque legem iubemus, in posterum huiusmodi conamen inhiberi... ita tamen, ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur : licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit. » — L. 23, § 1, C., *eodem*. « ... Et neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit... aliquam contra debitores... esse utrique eorum actionem. »

[1] Fr. 6, D., *de rei vindicat*. 6, 1. – Fr. 54, pr. D., *de verborum obligat*. 45, 1.—CERTA SPECIES. Fr. 83, § 5, D., *eodem ;* Fr. 34, § 5, D., *de legatis I* (30). — CERTUM CORPUS. Fr. 26, § 1. Fr. 34, § 4, D., *de legatis I* (30).

[2] *Voy*. cependant ci-dessus, § 184, note 6.

[3] Fr. 2, § 1. Fr. 54, pr. Fr. 83, § 5, D., *de verborum obligationibus* 45, 1.

[4] *Genus non perit*. *Voy*. ci-dessus, § 177, note 16.

[5] C'est pourquoi les Romains désignent l'objet d'une *obligatio generis* par le terme *incertum corpus*. Fr. 85, D., *de legatis III* (32). – Fr. 25, § 17, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

[6] Fr. 29, D., *de solutionibus* 46, 3. « ... Res quæ in communi specie continentur. »

valeur très-différente. Les Romains, d'après la rigueur des principes, accordent le choix au débiteur [7]. En effet, dès que le débiteur a donné un cheval quelconque, un esclave quelconque, il a satisfait aux termes de son obligation [8]. Dans les obligations conventionnelles, il va de soi que les parties sont libres de déroger à cette règle naturelle, de restreindre la faculté de choisir qui appartient au débiteur [9], même d'attribuer le choix à une autre personne, soit à un tiers, soit au créancier [10].

L'objet de l'obligation peut encore être indéterminé, en ce sens que l'on a indiqué deux ou plusieurs prestations différentes, dont une seule doit être effectuée : c'est ce qu'on appelle une obligation alternative, *obligatio alternativa* * *s. disiunctiva* *. Par les raisons que nous avons données en traitant de l'*obligatio generis,* il est évident que le choix de la prestation dans l'obligation alternative appartient au débiteur [11], en d'autres

[7] En matière de legs, il y a des nuances que nous exposerons ci-après, t. III, § 428.

[8] Fr. 52, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 25, pr. Fr. 34, § 6. Fr. 60, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. – Fr. 10, § 6, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 106. 138, D., *de verb. obl.* 45, 1. — La faculté de choisir demeure entière au débiteur tant que l'obligation n'est pas complétement éteinte. Fr. 106. 138, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. (*Voy.* la note suivante.) – Fr. 26, § 13, D., *de condict. indebiti* 12, 6. (*Voy.* ci-après, § 192, note 31). – Fr. 21, § 6, D., *emti* 19, 1. Elle passe naturellement aux héritiers.

[9] Fr. 138, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Cum PURE stipulatus sum *illud aut illud dari,* licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis : quia diversa causa est voluntatis expressæ, et eius quæ inest. »

[10] Fr. 10, § 6, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 93. 141, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. Pareille intention peut même résulter implicitement de la convention ou des circonstances. Fr. 2, § 3 in f. D., *de eo quod certo loco* 13, 4. – Fr. 93, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 57, D., *de solutionibus* 46, 3. — L'étendue de la faculté de choisir et la manière dont le tiers ou le créancier en doit user, sont naturellement déterminées par l'acte qui leur attribue le choix. Fr. 76. 112, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 141, pr. D., *eodem,* combiné avec Fr. 44, D., *de condic. et demonstr.* 35, 1. – Cf. Fr. 5, pr. D., *de legatis I* (30), et Fr. 19, D., *de legatis II* (31). *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 428. — A moins que le contraire ne soit stipulé ou ne résulte des circonstances, le choix accordé au créancier se transmet naturellement aux héritiers et au cessionnaire. Fr. 75, § 3, D., *de legatis I* (30). – Fr. 76, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[11] Fr. 25, pr. Fr. 34, § 6, D., *de contrah. emt.* 18, 1. – Fr. 10, § 6, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 110, § 3, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Ubi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum. » — Qu'arrivera-t-il si le débiteur a payé par erreur toutes les choses contenues dans l'obligation alternative ? Il aura sans doute le droit de répéter celle ou celles qu'il a données de trop ; mais à qui appartiendra le choix ? Celsus, Marcellus et Ulpien, au Fr. 26, § 13, D., *de condict. indeb.* 12, 6, attribuent le choix au créancier qui a reçu les choses, parce que c'est lui qui est débiteur par rapport à l'obligation de restituer. Cf. Fr. 19, D., *de legatis II* (31). Mais Justinien, adoptant l'avis de Papinien, accorde le choix au débiteur qui a indûment payé. L. 10, C., *de condict. indeb.* 4, 5. « Si quis servum certi nominis aut quamdam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit, et, cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit : dubitabatur, cuius rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniæ ; et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem? Et Ulpianus quidem electionem ei præstat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui, et antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit præstare : et huius sententiæ sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum, summæ auctoritatis hominem et prætorii edicti perpetui

termes, que le débiteur est libéré en faisant l'une ou l'autre des prestations comprises dans l'obligation, à moins que l'acte constitutif de l'obligation ne confère le choix au créancier ou à une personne tierce [12]. — L'application des règles sur la prestation de la faute et du cas fortuit aux obligations alternatives présente quelques solutions intéressantes [13] : *A*) Si l'une des choses a péri par cas fortuit [14], l'obligation devient pure et simple, c'est-à-dire que le débiteur est tenu de donner l'autre [15]. Il en est de même si l'une des choses a péri par la faute ou ensuite de la demeure du débiteur, pourvu que le choix lui ait appartenu ; car, dans le cas contraire, le créancier aura la faculté de demander la chose qui reste ou la valeur de celle qui a péri [16]. Si c'est par la faute ou ensuite de la demeure du créancier que l'une des choses a péri, il faut encore admettre que la chose restante demeure due; mais il va sans dire que le débiteur a le droit d'exiger du créancier une indemnité égale au préjudice occasionné par la faute de ce dernier, indemnité dont le montant se poursuit

ordinatorem. Nobis hæc decidentibus Iuliani et Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit. » — *Voy.* aussi Fr. 32, pr. D., *de condict. indeb.* 12, 6. « Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet, id enim remanebit in soluto quod superest. » Si nous prenons ce dernier texte à la lettre, il s'y agit (comme aussi dans le Fr. 26, § 13, D., *cité*) du cas où les deux choses ont été payées en même temps, *simul* : et dans cette hypothèse, les solutions indiquées sont admissibles ; mais si les deux payements avaient été faits successivement, c'est-à-dire à des époques différentes, la répétition devrait s'appliquer à la chose qui a été donnée en dernier lieu ; car celle-là seule serait *indebita*. Sous ce rapport, la rédaction de la L. 10, C., *citée*, est peu exacte.

[12] *Voy.* ci-desus, les notes 8, 9 et 10, dont les solutions et citations s'appliquent également à l'obligation alternative.

[13] Pour ne pas trop compliquer la matière, nous supposons, dans les règles suivantes, qu'il n'y ait que deux objets *in obligatione* et que l'un et l'autre soient des corps individuellement déterminés.

[14] Ou bien que la prestation de la chose soit devenue impossible par une autre cause fortuite. Fr. 16, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Si *Stichum aut Pamphilum* mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te. »

[15] Fr. 2, § 2, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. « Scævola ait... qui Stichum aut Pamphilum promittit eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt : ceterum, ubi alter decessit, exstingui eius electionem; ne sit in arbitrio eius an debeat, dum non vult vivum præstare quem solum debet. » -- Fr. 34, § 6, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Si emtio ita facta fuerit : *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus : sed uno mortuo qui superest dandus est, et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit... » — Fr. 95, pr. D., *de solut.* 46, 3. « STICHUM AUT PAMPHILUM UTRUM EGO VELIM DARE SPONDES. Altero mortuo qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo quem petitor elegit : tunc enim perinde solus ille qui decessit præbetur ac si solus in obligationem deductus fuisset. » — Fr. 95, § 1, D., *eodem.* — Dans le Fr. 47, § 3, D., *de legatis I* (30), Ulpien semble, à la vérité, être tenté d'accorder au débiteur le choix de donner la chose qui reste ou le prix de celle qui a péri. «... Stichus aut Pamphilus... Placuit... si alter decesserit, alterum omnimodo præstandum, *fortassis* vel mortui pretium. » Mais cette opinion, qui, d'ailleurs, n'est exprimée que d'une manière dubitative, ne s'accorde point avec les fragments cités ci-dessus, dont le premier émane du même jurisconsulte. *Voy.*, au reste, ci-après, t. III, § 428.

[16] Fr. 95, pr. § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

au moyen de l'*actio legis Aquiliæ* [17], qui est le moyen ordinaire pour obtenir réparation d'un *damnum iniuria datum* [18]. Cependant le débiteur qui a le choix peut aussi, s'il le préfère, se tenir pour libéré, en supportant la perte de la chose, puisqu'il dépendait de lui de donner cette même chose en exécution de son obligation [19]. — *B*) Si les deux choses ont péri, il peut se présenter des combinaisons très-variées : 1) Elles ont toutes péri par cas fortuit : le débiteur est libéré [20]. 2) La première a péri par cas fortuit, la seconde par la faute du débiteur : le débiteur sera naturellement tenu de la valeur de la dernière [21]. 3) Il en est de même si les deux choses ont péri par la faute du débiteur, à moins que le choix n'ait appartenu au créancier [22]. 4) La première a péri par la faute du débiteur, la seconde par cas fortuit : dans ce cas, d'après la rigueur des principes, le débiteur devrait être libéré, parce qu'il était libre de détruire la première et que dès lors l'obligation, étant devenue pure et simple, se trouvera éteinte par la perte fortuite de la chose. Cependant comme, sans la faute précédente du débiteur, le cas fortuit n'aurait pas amené l'impossibilité d'exécution qui porte préjudice au créancier, il a paru équitable d'accorder à ce dernier une action [23] à l'effet d'obtenir la réparation du

[17] Exemple : Le débiteur s'est obligé de donner l'esclave Stichus ou l'esclave Pamphilus. Stichus ayant été tué par le créancier, Pamphilus reste dû; mais le débiteur peut intenter l'*actio legis Aquiliæ* pour obtenir la réparation du dommage que le créancier lui a causé par la mort de Stichus. Or, quel sera le montant de la condamnation? Si les deux esclaves étaient d'égale valeur, la question ne présenterait guère d'intérêt pratique; mais si, par hasard, Pamphilus vaut 1500, tandis que Stichus ne valait que 1000, le débiteur aura droit à 1500, puisque la mort de Stichus a eu pour effet de le forcer à donner une valeur de 1500, alors que, sans cet incident, il aurait pu se libérer, en donnant une valeur de 1000. *Voy.* Fr. 55, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. « Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti : stipulator Stichum ante moram occidit. Quæsitum est de actione legis Aquiliæ. Respondi, cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet æstimatio, utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest? Et quid dicemus si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficiet fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse. »

[18] *Voy.* ci-après, § 271. Si l'obligation résulte d'un contrat de bonne foi, le débiteur peut faire valoir son droit au moyen d'une exception opposée à l'action du créancier, ou bien encore, si les circonstances le permettent, se servir de l'action du contrat. Cf. ci-après, § 202, notes 16 et suivantes.

[19] Arg. Fr. 105, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari. Cum Damam dares, ego quominus acciperem in mora fui; mortuus est Dama : an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Masurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse : nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. » Cf. Fr. 72, pr. D., *de solutionibus* 46, 3.

[20] Fr. 34, § 6 in f., D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[21] Fr. 95, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

[22] Fr. 95, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

[23] Fr. 95, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. « Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset

dommage qu'il a souffert [24]. 5) Si la première a péri par cas fortuit, la seconde par la faute du créancier, le débiteur est simplement libéré [25]. 6) Si la première a péri par la faute du créancier et la seconde par cas fortuit, le débiteur sera également libéré; mais il aura, de plus, le droit de poursuivre, au moyen de l'*actio legis Aquiliæ*, la réparation du dommage qui a pu résulter pour lui de la violation de droit dont le créancier s'est rendu coupable [26]. 7) Enfin les mêmes principes doivent être appliqués si les deux choses ont péri par la faute du créancier; seulement, dans cette hypothèse, le droit du débiteur sera plus étendu. D'une part, il pourra, d'après les principes généraux, demander à être indemnisé de la perte de celle des deux choses qu'il lui plaira de choisir; d'autre part, il lui sera loisible de profiter de toutes les combinaisons avantageuses que les dispositions spéciales de la loi *Aquiliæ* peuvent autoriser dans l'espèce [27].

Observation. Les commentateurs parlent encore d'une obligation facultative. Ils donnent ce nom aux cas dans lesquels le débiteur ne doit qu'une seule chose, mais a la faculté de se libérer en donnant une autre [28]. Ces cas ne présentent aucune difficulté [29]. Particulièrement il est clair que la perte fortuite de la chose aura pour effet d'éteindre l'obligation, quand

electio : quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest; neque defuncti offerri æstimatio potest, si forte longe fuit vilior; quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est : tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, *doli actio* non immerito desideratur... » — Dans les *negotia bonæ fidei*, le créancier n'a pas besoin de recourir à l'*actio doli;* il peut se servir de l'action du contrat. *Voy.* ci-dessus, note 18.

[24] Le *quantum* de la condamnation dépendra, dans ce cas, des circonstaces. Si le débiteur avait le choix, l'évaluation se fera sur le pied de la chose qui avait le moins de valeur, tandis que la condamnation portera la valeur la plus élevée quand le choix appartenait au créancier : toujours *id quod interest*, d'après les principes généraux exposés au § 175.

[25] A moins que, dans un cas donné, les circonstances ne permettent au propriétaire de la chose périe de demander, d'après les règles particulières de la loi *Aquilia*, une condamnation qui dépasse le montant du dommage réel. *Voy.* ci-après, § 271, notes 5. 7. 38.

[26] L'indemnité, due au débiteur, sera, dans ce cas, toujours égale au préjudice occasionné par la perte de la première chose; mais si la valeur de la seconde est plus élevée, l'*actio legis Aquiliæ* peut donner au débiteur réparation même de ce chef, par la raison que la destruction de la première l'aura empêché de se libérer, en donnant la valeur moindre. Fr. 55, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et ci-dessus, la note 17. — Il n'en serait pas de même, si le choix avait appartenu au créancier.

[27] *Voy.* le Fr. 55, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et la note précédente. — Si, dans cette même hypothèse, le choix avait appartenu au créancier, celui-ci ne sera tenu que de l'indemnité due pour la destruction du premier objet, à moins que les dispositions particulières de la loi *Aquilia* n'autorisent dans l'espèce le propriétaire à demander pour la destruction du second objet, une condamnation qui dépasse le montant du dommage réel. *Voy.* ci-dessus, note 24.

[28] Ou comme on dit habituellement : les deux choses ne sont pas *in obligatione;* il n'y en a qu'une qui soit *in obligatione*, l'autre est *in facultate solutionis*.

[29] Ces obligations se rencontrent d'ailleurs rarement. On en trouve des exemples dans l'obligation du tiers possesseur d'une chose hypothéquée qui a la faculté d'éviter la restitution de cette

même la chose par laquelle le débiteur peut remplacer l'objet de l'obligation existerait encore. — C'est pourquoi nous préférons ne pas employer cette terminologie inutile, qui d'ailleurs renferme une contradiction évidente.

§ 192. *Des obligations divisibles et indivisibles* †.

On a l'habitude de dire [1] qu'une obligation est divisible quand la prestation qui en fait l'objet peut se faire par parties [2]; dans le cas contraire elle est indivisible. C'est donc essentiellement une question de fait que celle de savoir si une obligation mérite l'une ou l'autre de ces qualifications [3]. Cependant, comme l'esprit humain aime à analyser et à classer même les faits les plus variés, les Romains n'ont pas résisté à la tenta-

chose, en désintéressant le créancier (Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1, et ci-dessus, t. I § 166, I, D, 2); dans la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié, ci-après, § 214, et dans les obligations noxales, ci-après, § 282.

† Cette matière est généralement considérée comme une des plus difficiles et des plus obscures du droit romain. Il n'est pas à nier qu'elle soit difficile, et cela se conçoit aisément quand on songe qu'un principe juridique, savoir le partage des obligations entre les coïntéressés s'y trouve en lutte avec l'impossibilité physique. Mais quant à l'obscurité et aux contradictions que l'on reproche aux jurisconsultes romains, nous pensons que les auteurs modernes sont tombés dans l'exagération. Pour rechercher la véritable législation des Romains, nous avons cru nécessaire de nous dégager avant tout des préjugés et des erreurs de l'école. Puis nous avons examiné scrupuleusement les uns après les autres tous les textes qui ont quelque rapport à la matière, afin de découvrir les principes généraux qui ont dû guider les anciens dans leurs décisions, et d'expliquer les exceptions qui se rencontrent dans nos sources. En procédant ainsi, nous avons été amené à trouver une doctrine qui paraîtra, nous l'espérons, assez claire et précise. Elle a été récemment développée dans un mémoire, couronné au concours universitaire belge, de M. Camille Kleyer, *Des obligations divisibles et indivisibles*. Bruxelles, 1875.

[1] Nous disons : On a l'habitude de dire, etc., et non pas : Une obligation est divisible, etc. Cette dernière rédaction, en effet, ne serait pas exacte. Toutes les obligations sont divisibles, et même toutes les obligations se divisent de plein droit dès qu'il y a plusieurs *rei* du côté créancier ou du côté débiteur (ci-après, note 32). Ce qui peut être divisible ou indivisible, c'est, non pas le droit d'obligation, mais la prestation qui en fait l'objet. Il serait donc plus correct de dire : « Obligations à prestations divisibles et à prestations indivisibles ». — Cette observation faite, il n'y a pas d'inconvénient à ce que nous employions la terminologie usuelle.

[2] Par parties, dans le sens que nous avons donné à ce mot ci-dessus, t. I, § 29, notes 2. 9, c'est-à-dire, que chaque partie forme un objet homogène et analogue tant aux autres parties qu'à l'ensemble même, de manière qu'en réunissant toutes les prestations partielles on se trouve avoir la prestation entière. C'est pour avoir méconnu cette notion fondamentale, que la plupart des interprètes modernes ont été amenés à créer une foule de divisions et de distinctions arbitraires et vides de sens, qui n'ont servi qu'à embrouiller la matière à tel point qu'un des plus célèbres auteurs de la renaissance, Ch. Dumoulin (Molinæus) crut devoir donner à un livre qu'il publia en 1562, le titre : *Extricatio labyrinthi dividui et individui*. Malheureusement cet in-folio, tout en contenant beaucoup d'aperçus ingénieux, n'a guère contribué à débrouiller le labyrinthe dans lequel l'auteur se plaît à s'égarer. C'est par l'influence de Dumoulin et de Pothier que plusieurs des distinctions dont nous avons parlé plus haut ont trouvé place dans le Code Napoléon, articles 1217. 1218. 1221.

[3] *Voy.* ci-après, notes 7. 8. 14. 16. 20. 22-25.

tion d'établir une classification des obligations au point de vue qui nous occupe, en prenant pour point de départ la grande division en *obligationes dandi* et *obligationes faciendi* [4].

I. Dans les *obligationes dandi*, ils distinguent comme suit : 1° Les obligations qui ont pour objet la dation d'une chose corporelle, en d'autres termes, le transfert de la propriété d'un objet matériel, sont divisibles [5] toutes les fois que la chose à donner est déterminée [6]. Par contre, les obligations alternatives, ainsi que les *obligationes generis*, sont indivisibles [7]. Cette indivisibilité cependant n'est que relative et peut venir à cesser dans certaines hypothèses [8]. Il y a même une catégorie très-importante parmi les *obligationes generis* qui fait complétement exception : les créances qui ont pour objet une somme de choses fongibles, spécialement une somme d'argent, sont en effet essentiellement divisibles [9]. 2° Quant aux obligations qui ont pour objet la dation d'une chose incor-

[4] Cf. ci-dessus, § 169, notes 5-9.

[5] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 29, note 5. Ceci paraît au premier abord bizarre, quand il s'agit de donner une *chose indivisible*. Mais il suffit d'un peu de réflexion pour se convaincre que les Romains ont rigoureusement raison. Car une chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun, et chacun des copropriétaires peut transférer la part indivise qu'il a dans le droit de propriété. Or, transférer cette part n'est autre chose que *dare pro parte*. C'est à cet ordre d'idées que se rapporte un mot de PAPINIEN, dont on a beaucoup abusé dans notre matière. Fr. 66, § 2 in f. D., *de legatis II* (31). « Plures in uno fundo dominium IURIS INTELLECTU, non DIVISIONE CORPORIS obtinent. » — Du temps où l'on se servait de la *mancipatio* et de la *in iure cessio* pour transférer la propriété, rien n'était plus facile que la dation partielle d'une chose; dans le droit nouveau, où la *traditio* est le mode usuel de transfert du droit de propriété, l'opération peut présenter des difficultés de fait, comme nous le verrons dans l'OBSERVATION 1, ajoutée au présent paragraphe.

[6] Fr. 86, § 3, D., *de legatis I* (30). — Fr. 2, § 3, D., *de verborum obligationibus*, 45, 1. — Fr. 54, D., *eodem*. « ... Cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debeantur... » — Fr. 9, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3, ci-après, note 30. — Fr. 17, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[7] Alors même que la prestation de chaque objet, compris dans l'obligation alternative ou *generis*, serait divisible, l'obligation dans son entier n'en est pas moins indivisible : autrement le débiteur ayant le choix pourrait donner partie de l'une et partie de l'autre des choses comprises dans l'obligation. Or cela ne constituerait point une exécution, car deux moitiés de deux choses différentes ne font pas une chose ENTIÈRE. Si, étant obligé de donner Stichus ou Pamphilus, je donne la moitié de Stichus et la moitié de Pamphilus, je n'ai donné ni Stichus ni Pamphilus ; or, mon obligation consistait à donner *l'un ou l'autre* de ces deux esclaves. Fr. 26, § 13. 14, D., *de condictione indebiti* 12, 6, ci-après, note 31. — Fr. 15, D., *de legatis II* (31). — Fr. 2, § 1-4. Fr. 85, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-après, note 42. — Fr. 9, § 1. Fr. 34, § 10, D., *de solutionibus* 46, 3.

[8] Ainsi la dation d'une moitié de l'un des objets alternativement ou génériquement dus ne libère le débiteur en aucune façon ; cependant si, par la suite, il donne l'autre moitié, ou si le créancier lui fait remise de cette moitié, il y aura libération complète. Fr. 26, § 13, D., *de condict. indebiti* 12, 6, ci-après, note 31. — Fr. 2, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 17, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 9, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. « .... si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit quominus accipiat, liberatur. » — Fr. 29. 34, § 1, D., *eodem*.

[9] Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 4, § 2. § 4, pr. Fr. 85, § 1. 5. Fr. 117. 139, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 9, § 1. Fr. 29. 94, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 2, § 2, D., *de*

porelle, il est évident que la constitution d'une servitude est une prestation indivisible [10], à l'exception de l'usufruit, qui peut être constitué partiellement [11]. Par contre, l'octroi d'un droit d'emphytéose ou la constitution d'un droit d'hypothèque sont des prestations aussi divisibles que la dation d'une chose [12].

II. Les obligations de faire sont en général indivisibles, car ce qui n'est pas entièrement fait n'est pas fait [13]. Aussi nos sources déclarent-elles indivisibles les obligations *tradendi* et *restituendi*, pourvu que la tradition ou la restitution n'implique point une *datio* dans le sens propre du mot [14], ainsi que toutes les obligations qui ont pour objet un fait proprement dit, un travail et particulièrement la confection d'un ouvrage, *opus* [15].

stipulat. prætoriis 46, 5, ci-après, note 18. – Fr. 10, § 3, D., *de appellationibus* 49, 1. – L. 6, C., *familiæ erciscundæ* 3, 36. – Tit. C., *si plures una sententia condemnati sunt* 7, 55. *Voy.* encore ci après, notes 35. 52.—Il n'importe que la somme due soit certaine ou incertaine au moment où l'obligation prend naissance. Fr. 28, D., *de receptis* 4, 8. « Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit, utputa QUANTI EA RES ERIT. » – Fr. 36, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 1, pr. § 3, D., *si cui plus quam per legem Falcidiam* 35, 3. – Fr. 38, § 2. 13, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 2, § 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5, ci-après, note 18.– Fr. 19, § 1, D., *iudicatum solvi* 46, 7. – L. 5, C., *de contrah. stipulatione* 38, 8. Cf. ci-après, notes 18 et 20.

[10] Fr. 11. 17, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 19, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 25, § 9. 12, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2, ci-après, note 49. – Fr. 2, § 1. Fr. 2. 5. 72, pr. Fr. 136, § 1. Fr. 140, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Cf. ci-dessus, t. I, § 124, nº 6.

[11] Fr. 5. 49, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 5, § 2, D., *si ususfructus petetur* 7, 6. – Fr. 1, § 9. Fr. 81, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Cf. ci-dessus, t. I, § 124, nº 6 et § 126, notes 18-20.

[12] On pourrait être tenté d'objecter que le droit d'hypothèque a un caractère indivisible, *indivisa pignoris causa*. Mais cette indivisibilité qui, d'ailleurs, n'est point absolue, s'applique exclusivement à la manière de faire valoir le droit. Aussi est-il hors de tout doute que le copropriétaire qui peut aliéner sa part indivise de la chose commune, peut également engager cette part ou la grever d'hypothèques. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 154 *in fine;* § 155, notes 11 et 21.

[13] Fr. 2, § 5. Fr. 72, pr. Fr. 85, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 11, § 23. 24, D., *de legatis III* (32), ci-après, note 40. – Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 5, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[14] TRADERE. Fr. 31, § 8, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. « ... Non posse alterum ex dominis consequi actione ex emto, ut sibi PRO PARTE venditor tradat, si pro portione pretium dabit... » Cf. ci-après, § 210, note 7. – Fr. 72, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 75, § 7, D., *eodem*, combiné avec le texte précédent et avec Fr. 2, § 5, D., *eodem*. Nous verrons, au reste, dans l'OBSERVATION 1, ajoutée au présent paragraphe que la matière est controversée. — RESTITUERE Fr. 5, § 15. D., *commodati* 13, 6. – Fr. 1, § 43. Fr. 22, D., *depositi* 16, 3. – Cf. ci-après, notes 36. 40 44. 45. — EXHIBERE. Nous ne connaissons aucun texte qui se rapporte à notre question ; mais il est évident qu'une exhibition par parties est chose impossible.

[15] Fr. 11, § 23, D., *de legatis III* (32), ci-après, note 40. – Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 72, pr. Fr. 85, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. Le Fr. 49, § 4, D., *eodem* n'est pas contraire ; il applique tout simplement la règle élémentaire d'après laquelle, au point de vue du droit, toutes les obligations se divisent *ipso iure* entre cohéritiers (ci-après, note 52). Le Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen D., *eodem* est plus embarrassant. Il dit, en effet, que le créancier d'une obligation de faire, *aliquid fieri*, peut diviser son action (cf. ci-après, note 35 *in fine*). Parmi les diverses tentatives de concilier cette décision avec les principes, nous croyons pouvoir approuver

Il y a cependant certaines exceptions : 1° Les traditions et restitutions qui ont pour objet une quantité de choses fongibles [16] ; 2° les travaux qui ont un caractère fongible [17] ; 3° certaines stipulations prétoriennes dont l'objet paraît être un *facere*, mais dont le véritable but est d'obtenir, en cas d'inexécution, des dommages et intérêts, c'est-à-dire, une somme d'argent [18]. — Quant aux obligations de ne pas faire, elles sont également indivisibles [19]. Il y a cependant aussi certaines stipulations qui, tout en étant en apparence *non faciendi*, sont en réalité susceptibles d'inexécution et de violation partielles [20].

III. Il va de soi que les obligations qui comprennent à la fois un *dare* et un *facere* sont indivisibles, sauf à perdre cette qualité dans la suite au

celle de M. Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, § 12, notes 3-46, qui suppose que le texte cité consacre simplement la faculté, accordée au créancier, de remplacer l'*actio incerta* résultant d'un rapport obligatoire par une *condictio certi* qui est toujours divisible. Cf. ci-après, § 195, notes 9. 10.

[16] Fr. 1, § 36, D., *depositi* 16, 3. Cf. ci-après, notes 23. 35. 37. Ce que le Fr. cité décide pour un cas frappant de dépôt d'une somme d'argent (note 23), doit évidemment être appliqué à tous autres cas analogues et notamment à l'*actio emti*, quand l'objet de la vente est une somme de choses fongibles, par exemple de céréales.

[17] Fr. 30, § 3. Fr. 36, D., *locati* 19, 2. Cf. Fr. 51, § 1, D., *eodem*. — Fr. 6, D., *de operis libertorum* 38, 1. « Fabriles operæ... quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt... » — Fr. 3, § 1. Fr. 7, § 6. Fr. 8, pr. Fr. 9. 15, § 1, D., *eodem*. — Fr. 26, § 12, in f. D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Fr. 54, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[18] Les stipulations prétoriennes *faciendi* qui n'ont pas ce but sont indivisibles. Fr. 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. « Prætoriæ stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem. § 1 (Restitutionem rei), sicut stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur : ideoque, sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo totum opus restitui debebit : quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum. 2. Incertam quantitatem continet stipulatio *iudicatum solvi*, et *rem ratam dominum habiturum* et *damni infecti*, et his similes. In quibus respondetur scindi eas in personis heredum, quamvis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam conditionem cuiusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem eius committatur : hoc enim facere verba stipulationis, QUANTI EA RES EST..... » — Fr. 35, § 2, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 21, § 5, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. — Fr. 27. 40, § 2. 3. 4, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 4, § 1. 2. Fr. 38, § 24. Fr. 41, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 17. 18, D., *ratam rem haberi*. — Cf. ci-après, note 20. — Ce que nous venons de dire des stipulations prétoriennes s'applique à toutes les stipulations, c'est-à-dire qu'une stipulation qui se présente comme ayant pour objet une *obligatio faciendi* ou *non faciendi* peut, en réalité, avoir pour but le payement d'une somme d'argent à titre de dommages et intérêts, *incertam quantitatem, quanti ea res est*. L'exemple le plus frappant est la stipulation *dolum malum abfuturum*. Fr. 38, § 13. Fr. 121, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 19, § 1, D., *iudicatum solvi* 46, 7. Cf. ci-après, § 202, note 9.

[19] Fr. 2, § 5. Fr. 4, § 1. Fr. 85, § 3. Fr. 131, pr. D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Fr. 25, § 12. Fr. 44, § 5, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. Cf. ci-après, § 258, Observation.

[20] La promesse *amplius non agi*, c'est-à-dire de ne pas susciter de nouveau un procès que mon *procurator* a intenté contre quelqu'un qui me doit une somme d'argent, est certes indivisible tant que je vis. Mais après ma mort, il peut se faire que l'un de mes héritiers l'exécute, tandis que l'autre y contrevient, en intentant pour sa part héréditaire l'action que je m'étais obligé à ne point introduire. La promesse aura donc été tenue *pro parte* et violée *pro parte*; ce qui montre que l'obligation est devenue divisible. Le même raisonnement peut s'appliquer à la *cautio ratam rem*

cas que, le fait ayant été accompli, il ne reste plus qu'une *obligatio dandi*, divisible [21].

L'analyse que nous venons d'exposer paraît fort précise; elle l'est même trop, car les faits à analyser sont trop variés, pour qu'ils puissent être soumis à des règles absolues. Ainsi, bien que faire remise d'une obligation constitue certes un *facere*, il saute aux yeux que rien ne s'oppose à ce que nous fassions partiellement remise d'une obligation divisible [22]. C'est ce que les Romains reconnaissent eux-mêmes; ils vont plus loin encore, en traitant comme divisibles des obligations réellement indivisibles toutes les fois que cela peut se faire sans léser les intérêts de personne [23]. Il est incontestable que nous devons suivre ces précédents [24], comme d'autre part, il faut bien admettre qu'il dépend de la volonté des parties de convenir qu'une obligation divisible sera appréciée et jugée suivant les règles qui dominent les obligations indivisibles [25].

Après avoir déterminé les cas dans lesquels une obligation est divisible ou indivisible, il s'agit de montrer l'importance pratique de cette distinction. En général, elle se réduit à ce qu'une obligation divisible peut être

haberi. *Voy.* ci-dessus, § 187, note 23, et Fr. 4, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 18, D., *ratam rem haberi* 46, 8. D'ailleurs, le véritable but de toutes ces stipulations est d'obtenir des dommages et intérêts, au cas que le débiteur violerait sa promesse, *incerta quantitas, quanti res est.* — Rappelons l'observation par laquelle nous avons terminé la note 18.

[21] Pour désigner les espèces de ce genre, la L. 13, C., *de contrahenda stipulatione* 8, 38, dit : *stipulatio mixta ex dando et faciendo.* Exemples : l'obligation de l'acheteur, quand le prix d'achat se compose d'une somme d'argent et d'une autre prestation. Ci-après, § 209, B et § 210, note 7. — L'obligation de rendre compte d'une gestion, *rationes reddere*, se compose d'abord de la reddition de compte proprement dite, ensuite du payement du reliquat qui peut être dû. Il est évident qu'après le compte rendu et accepté, il ne reste plus que la *datio* essentiellement divisible de la somme due. Fr. 8, § 5, D., *de liberatione legata* 34, 3. — Fr. 81, pr. Fr. 82 in f. D., *de condic. et demonstr.* 35, 1. — Fr. 6, § 7. Fr. 21. 31, pr. D., *de statu liberis* 40, 7.

[22] § 1 in f. I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. — Fr. 7, pr. D., *de liberatione legata* 34, 3. — Fr. 2, § 3 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 9. 10. 13, § 1. Fr. 17, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 14, pr. in f. D., *iudicatum solvi* 46, 7. — Cf. ci-après, notes 31 et 71.

[23] Au Fr. 1, § 36, D., *depositi* 16, 3, il s'agit du dépôt d'une somme d'argent, renfermée dans un sac ficelé et cacheté, *in sacculo signato.* La restitution de ce sac est certes une prestation absolument indivisible; cependant, comme le sac, au point de vue de l'intérêt pécuniaire, est un élément sans valeur et que la somme d'argent est susceptible de restitution partielle, Ulpien décide que la restitution peut se faire *pro parte.* Cf. ci-après, note 35. — Un autre exemple quelque peu arbitraire de division par rapport à une obligation indivisible, se trouve au Fr. 9, § 1, D., *si quis cautionibus* 2, 11. — Mais le Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen D., *de verb. obl.* 45, 1, appartient à un autre ordre d'idées. Cf. ci-dessus, note 15 *in fine.*

[24] C'est ce que nous avons fait ci-dessus, note 16, en déclarant divisibles les obligations *tradendi* et *restituendi* qui ont pour objet des quantités de choses fongibles. C'est pour le même motif que nous devons considérer comme divisible l'obligation de faire cession d'une créance divisible.

[25] L'indivisibilité conventionnelle, en effet, ne porte, pas plus que l'indivisibilité naturelle, atteinte au principe fondamental du partage des dettes entre codébiteurs et cohéritiers. Elle peut même, ce nous semble, résulter implicitement du but que les parties se proposent, comme dans la promesse d'une pension alimentaire (ci-après, § 280), et, pour répéter un exemple souvent cité

promise et exécutée par parties, tandis que l'obligation indivisible ne peut être l'objet d'une promesse ou d'une exécution partielle [26].

En ce qui concerne la promesse d'une obligation, l'application de cette règle est si simple que nous pouvons nous dispenser de tout commentaire [27].

Quant à l'exécution, faisons d'abord observer qu'il importe rarement de distinguer entre l'obligation divisible et l'obligation indivisible, quand il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur ; car le créancier ne peut, en général, être forcé à accepter le payement partiel d'une obligation même divisible [28], pas plus que le débiteur ne peut être contraint à l'exécution d'une partie de sa dette [29]. Il va sans dire que les parties peuvent d'un commun accord déroger à cette règle, et pour ce cas, il est à remarquer que le payement partiel d'une obligation divisible, accepté par le créancier, libère le débiteur *pro parte* [30], tandis qu'à l'égard d'une

par les interprètes français, la promesse d'une somme d'argent destinée à tirer quelqu'un de la prison pour dettes. Dans cette hypothèse, on pourrait retourner le raisonnement que nous avons mentionné ci-dessus, note 18, à propos des stipulations prétoriennes et dire que l'obligation, tout en paraissant avoir pour objet une *incerta quantitas*, a réellement pour but un *facere*, savoir la libération du prisonnier.

[26] Nous ne nous occupons ici que des effets généraux et directs de l'indivisibilité, sauf à parler, aux endroits convenables, de quelques effets qui sont particuliers à certains rapports obligatoires ou qui ne sont pas une conséquence immédiate de l'indivisibilité. *Voy.*, à propos du contrat de vente, ci-après, § 210, note 7; 211 *in fine;* § 212, n° 5; § 213, notes 36-38; § 214, note 8. — A propos de la *stipulatio pœnæ*, ci-après, § 258, Observation. — A propos de la pétition d'hérédité, ci-après, t. III, § 405, note 17. — Ajoutons que l'observation que nous avons faite ci-dessus, t. I, § 69, note 46, savoir : « que l'indivisibilité d'un droit peut avoir pour effet de rendre la chose jugée décisive et obligatoire pour des personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance », ne s'applique point à notre matière par la raison que le droit d'obligation est toujours divisible. Fr. 31, D., *de iudiciis* 5, 1. Cf. ci-dessus, note 1, et ci-après, note 32.

[27] Fr. 17, D., *de servitutibus* 8, 1. — Fr. 19, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 2, § 1. Fr. 3, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 72, pr. D., *eodem.* « Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit : ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem... » — Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[28] Fr. 13, § 8, D., *emti* 19, 1. — Fr. 41, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 3, § 5, D., *de statu liberis* 40, 7. — Fr. 46, § 1. 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 9, C., *eodem* 8, 42. Cette règle est appliquée rigoureusement au Fr. 41, § 1, D., *cité.* « L. Titius, cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat, obsignavit. Quæro, an Titius pecuniæ, quam obsignavit, usuras præstare non debeat? Modestinus respondit : Si non hac lege pecunia mutua data est, uti liceret et particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. » Toutefois, le juge peut, s'il le trouve équitable, contraindre le créancier à recevoir un payement partiel. Fr. 21, D., *de rebus creditis* 12, 1. Cf. Fr. 4, § 6, D., *de statu liberis* 40, 7.

[29] Fr. 21, D., *de usuris* 22, 1. — Arg. L. 10, C., *de iudiciis* 3, 1.

[30] Fr. 9, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. « Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent ; item qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur. Qui autem hominem (generaliter) debet, partem Stichi

obligation indivisible, il ne peut y avoir libération partielle [31]. — C'est quand il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs de la même prestation que notre distinction est d'une grande importance, soit que cette pluralité de personnes ait existé dès l'origine de l'obligation, soit qu'elle survienne plus tard par la mort du créancier ou du débiteur laissant plusieurs héritiers. Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, l'obligation se partage entre les cocréanciers et les codébiteurs [32]. Ce partage ne présente aucune difficulté quand la prestation est divisible : chaque créancier ne peut exiger que sa part respective dans la créance, de même que chaque débiteur n'est tenu que pour sa quote-part et se libère par la prestation partielle qu'il fait. Mais comme le partage est impossible à l'égard des obligations indivisibles, il a bien fallu, par des règles précises, déterminer la position respective que les parties doivent occuper, soit dans la poursuite, soit dans l'exécution de ces obligations.

A). *Dans la poursuite.* En présence de la rigueur que l'on mettait dans la conception de l'action, il était indispensable de régler d'une manière précise la manière dont le demandeur eût à formuler sa demande, surtout pour éviter les peines de la *plus petitio* [33]. A cet effet, on avait le choix entre deux systèmes différents, susceptibles l'un et l'autre de certaines modifications. On pouvait imposer aux créanciers d'agir *tous* ensemble,

dando nihilominus hominem debere non desinit; denique homo adhuc ab eo peti potest : sed si debitor reliquam partem Stichi solverit, vel per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur. »— Fr. 2, § 2. 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4. Mais *voy.* Fr. 17, D., *eodem,* et ci-après, note 71.

[31] Une application intéressante de cette règle aux obligations alternatives se trouve au Fr. 26, § 13, D., *de condict. indeb.* 12, 6. « Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quæritur, an possim condicere? Quæstio ex hoc descendit, an liberer in quinque : nam si liberor, cessat condictio; si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus... et Marcellus... scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis : ideoque eum qui quinque solvit in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum. Et si præstiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse : si autem Stichum præstiterit, quinque eum posse condicere, quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus? quærit Celsus, et putat natam esse quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur. » (L'objection contenue dans la dernière phrase « quamvis utroque » ne saurait plus être faite depuis que Justinien a réglé ce point par la L. 10, C., *de condict. indeb.* 4, 5. Voir ci-dessus, § 191, note 11). La même décision se trouve au Fr. 2, § 1. Fr. 85, § 4, in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. — *Voy.* aussi Fr. 9 in f., D., *de solutionibus* 46, 3, transcrit à la note précédente.

[32] Pour le premier cas, *voy.* ci-dessus, § 186, note 2. — Quant au second, nous donnerons les détails, ci-après, t. III, § 405, nous bornant ici à transcrire un seul texte qui enonce le principe de la division d'une manière très-énergique. L. 6, C., *familiæ erciscundæ* 3, 36. « Ea quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem : cum IPSO IURE in portiones hereditariis ex lege XII tabularum DIVISA SUNT. » Cf. Fr. 25, § 13, D., *eodem,* ci-après, note 49.

[33] Admettons, en effet, qu'un créancier ait plusieurs débiteurs d'une obligation indivisible. S'il poursuit l'un d'eux en payement partiel, il demande quelque chose de physiquement impossible; si, au contraire, il intente contre l'un d'eux une action en payement du tout, il s'expose à

et exiger que *tous* les débiteurs fussent mis en cause. Ou bien on pouvait accorder à chaque créancier le droit d'agir *seul*, et permettre la poursuite de chaque débiteur *séparément*. Le premier de ces systèmes paraît plus rigoureusement conforme à la nature des choses [34]; mais, comme il présentait des difficultés souvent insurmontables dans la pratique, le second finit par prévaloir [35]. Dans le droit nouveau donc :

1° Chacun des créanciers d'une prestation indivisible a le droit de poursuivre seul l'exécution de l'obligation entière [36], à charge de fournir

perdre son procès, *quia plus petiit*. *Voy*. t. I, § 75, notes 18 sqq., et les textes qui y sont cités, notamment la *Consultatio veteris icti*, V, 3. « (Actor) in genere actionis quid, aut quantum, aut quas species, in modum et mensuram, vel summam et quantitatem, debet specialiter designare et indubitanter exprimere... Quæ si neglexerit, ... causam perdat secundum leges subter annexas. » Parmi les textes allégués par l'auteur de la *Consultatio, loco citato*, nous signalons particulièrement : Paul, I, 13 B, 5. « Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet : alioquin plus petendi periculum incurrimus, et causam perdimus. » — *Codex Hermogen*. V, 2. « ... Petitor cogitur specialiter genus litis edere, ne plus debito aut eo, quod competit, postuletur. Sive itaque fideicommissum, sive fundus sive pars fundi, sive domus sive pars domus, sive debitum aut quodcumque petatur, specialiter designari debet petitionis summa vel quantitas, cum genus litis editur. Si quis igitur plus eo, quod ei competit vel debetur, petierit, rem et causam, de qua agitur, perdit... »

[34] Cela n'est dit nulle part d'une manière expresse; cependant quelques textes s'expriment dans ce sens, en ajoutant que le système contraire n'a été introduit que *utilitatis causa creditoris*. Fr. 2, § 2, *verbis* Quamvis dici possit D., *de stipul. prætor*. 46, 5. — Fr. 4, § 2, *verbis* Hæc utilitatis causa D., *de verb. oblig*. 45, 1. — Arg. Fr. 84, § 13, D., *de legatis I* (30). — Aussi exige-t-on encore dans le droit nouveau que la dénonciation requise pour assurer le recours en garantie du chef d'éviction en matière de vente soit faite à tous les vendeurs (Fr. 62, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2, et ci-après, § 212); et le Fr. 14, pr. D., *depositi* 16, 3, trahit encore une trace de cette manière de voir dans le contrat de dépôt.

[35] Cette tendance était d'ailleurs naturelle, à cause du partage des obligations entre cohéritiers, érigé en principe par la loi des XII Tables. Partout où il y avait moyen d'éluder l'impossibilité physique qui s'oppose au partage, on cherchait à appliquer le principe de la divisibilité, autant que les faits et l'intérêt des parties le permettaient. Ainsi l'obligation résultant du dépôt est un *facere*, par conséquent, quelque chose d'indivisible; cependant quand l'objet déposé est divisible, on applique à l'obligation les principes de la divisibilité Fr. 1, § 36, D., *depositi* 16, 3, où l'objet déposé est une somme d'argent (ci-dessus, note 23). *Voy*. aussi Fr. 1, § 31. 44. Fr. 14, pr. Fr. 17, pr. Fr. 22, D., *eodem*. — L. 12, C., *eodem* 4, 34. — Ce qui contribua surtout à faire prévaloir cette tendance, ce fut la règle qu'en cas d'inexécution, toute obligation se résout en dommages et intérêts. Cette considération est si puissante que nous trouvons l'action, résultant d'une obligation indivisible, intentée dès le principe *pro parte* dans les cas où l'exécution de l'obligation est devenue impossible et que, par conséquent, l'action a plutôt pour but de nous faire obtenir le payement d'une somme d'argent, que de forcer le débiteur à exécuter la prestation originaire. Il en est ainsi de l'*actio emti* en dommages et intérêts du chef d'éviction (§ 297, note 46) et des *actiones commodati* et *depositi*. Fr. 21, § 1, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 31. 44. Fr. 7, § 1. 9, D., *depositi* 16, 3. Cf. Fr. 22, *verbis* Quod si lancem, D., *eodem*, où il est dit que l'*actio depositi* doit, à la vérité, être intentée *in solidum*, mais que chaque défendeur peut se libérer entièrement en payant la quote-part qui lui incombe. Pour le Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen D., *de verb. obl*. 45, 1, *voy*. ci-dessus, note 15.

[36] Fr. 17, D., *de servitutibus* 8, 1. — * Fr. 25, § 9, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 1, § 36. 37. 44 *, D., *depositi* 16, 3. Cf. Fr. 14, pr. D., *eodem*. — Fr. 2, § 2, *verbis* Ex quo. Fr. 4, pr. D., *de verb. obl*. 45, 1. Pour le Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen D., *eodem*, cf. ci-dessus, note 15. — Fr. 81, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 2, § 1, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. Si

caution à l'effet de garantir le débiteur contre toute poursuite de la part des autres créanciers [38]. Cependant, quand il s'agit d'une obligation alternative ou *generis*, il y a régulièrement lieu d'agir *pro parte* [39]. — Il va de soi que dans les cas où un seul ou quelques-uns des créanciers seulement ont un intérêt à la prestation qu'il s'agit de poursuivre, les autres créanciers n'ont pas qualité pour agir [40].

2° L'obligation indivisible peut être poursuivie *in solidum* contre chaque débiteur séparément, sauf au débiteur poursuivi à demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs [41]. Il importe de faire observer que, dans les obligations alternatives et *generis*, bien que le payement doive se faire régulièrement *in solidum*, le demandeur ne peut agir contre chaque débiteur que pour la part qui lui incombe [42].

B). *Quant à l'exécution*, comme il est impossible de faire une prestation indivisible par parties, il est évident qu'il ne peut y avoir libération

l'action aboutit, faute d'exécution, à une condamnation aux dommages et intérêts, cette condamnation n'est prononcée en faveur du demandeur que *pro parte*. *Voy.* les textes cités marqués d'un astérisque, ainsi que L. 12, C., *depositi* 4, 34, et ci-après, note 53. 54. — Cf. ci-après, § 221, A, 4 et B. 3; § 237, A, 3; § 239, A, 4.

[38] Fr. 1, § 36. 37 Fr. 14, pr. in f., D., *depositi* 16, 3.

[39] Arg. Fr. 85, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1, ci-après, note 42.

[40] Fr. 2, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Contra autem, si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, SIBI HEREDIQUE SUO AGERE LICERE, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur; si vero pœna nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio. » — Fr. 3, § 1. Fr. 38, § 5, D., *eodem*. — Cf. Fr. 4, § 1, D., *eodem*. — Fr. 13, D., *ratam rem haberi* 46, 8. Cf. Fr. 18, D., *eodem*.

[41] La règle générale est donnée au Fr. 11, § 23. 24, D., *de legatis III* (32). « 23. Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri, D. Marcus et L. Verus Proculæ rescripserunt; tempus tamen coheredi præstituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum : post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumtum pro parte eius. 24. Ergo et in statua et in servitute ceterisque, quæ divisionem non recipiunt, idem D. Marcus rescripsit. » — Diverses applications s'en trouvent Fr. 17, D., *de servitutibus* 8, 1. — Fr. 25, § 10. 11, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. Cf. Fr. 44, § 8, D., *eodem*. — Fr. 3, pr. D., *si mensor* 11, 6. — Fr. 5, § 15. Fr. 6. 7, D., *commodati* 13, 6 et Fr. 1, § 43. Fr. 22, D., *depositi* 16, 3. Cf. Fr. 15, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — Fr. 59, § 3. Fr. 60, § 2, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 7, D., *de servitute legata* 33, 3. — Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 2, § 2. 5. Fr. 4, § 1. Fr. 85, § 2. Fr. 131, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. Pour le Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen D., *eodem*, cf. ci-dessus, note 15. — Cf. ci-après, § 221, A, 4 et B, 3; § 237, A, 3; § 239, A, 4. — Si, dans ce cas, le jugement aboutit à une condamnation aux dommages et intérêts, cette condamnation se fait *pro parte*. *Voy.* ci-après, note 53, et les paragraphes du Manuel cités plus haut.

[42] Fr. 85, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Pro parte autem peti, solvi autem, nisi totum, non potest : veluti cum stipulatus sim hominem incertum. Nam petitio eius scinditur; solvi vere, nisi solidus, non potest : alioquin in diversis hominibus recte partes solverentur; quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. » Le motif de cette exception est qu'il dépend des débiteurs de rendre l'obligation divisible en faisant leur choix, car dès qu'ils ont choisi, il y a une *species*, dont la *datio* est divisible. Toutefois, ils doivent payer *in solidum*, parce qu'autrement l'un pourrait donner la moitié de *Stichus*, l'autre la moitié de *Pamphilus*. Voir ci-

que si la prestation a été faite en entier [43]. De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° S'il y a plusieurs créanciers, le débiteur ne peut se libérer, même envers un seul d'entre eux, qu'en faisant la prestation tout entière. Il est vrai qu'en payant le tout à un seul créancier, le débiteur ne se libère pas, rigoureusement parlant, envers les autres; mais il sera protégé contre eux toutes les fois qu'il aura payé de bonne foi. La bonne foi sera évidente de sa part, si ce n'est que sur l'ordre exprès du magistrat qu'il s'est exécuté. D'ailleurs, il a le droit d'exiger des cautions de la part du créancier qui reçoit le payement [44].

2° S'il y a plusieurs débiteurs, aucun d'eux n'est libéré que si l'obligation tout entière a été exécutée, et cela dans le cas même où le créancier n'aurait agi que *pro parte* [45]. Cela est fort simple quand tous les débiteurs se réunissent pour effectuer ensemble la prestation due [46]. Dans tout autre cas, il en résulte, à la vérité, des inconvénients pour le débiteur isolé qui aurait l'intention de se libérer; mais ces inconvénients perdent beaucoup de leur gravité quand on examine de près les diverses hypothèses qui peuvent se présenter. En effet, si la pluralité des débiteurs

dessus, notes 7. 8. Le texte cité ne parle que d'une *obligatio generis*, mais la décision s'applique également à l'obligation alternative, si l'une des prestations dues est divisible. — Dans les deux hypothèses, il s'agit, bien entendu, d'une obligation dans laquelle le choix appartient aux débiteurs.

[43] Cette proposition résulte naturellement et nécessairement de la définition de l'obligation indivisible, combinée avec les règles générales sur l'exécution des obligations. Ci-dessus, note 2, et § 170, n° 1. Cf. ci-après, § 288, n° 2. Elle est d'ailleurs consacrée par les citations qui suivent dans les notes 44-45.

[44] Fr. 81, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. « Si lancem deposuerit apud me Titius, et pluribus heredibus relictis decesserit : si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si prætor aditus iussisset, me parti heredum eam lancem tradere; quo casu depositi me reliquis heredibus non teneri. Sed et si sine prætore, sine dolo malo, hoc fecero, liberabor, aut quod verius est, non incidam in obligationem. Optimum autem est, id per magistratum facere. » — Fr. 1, § 36, D., *depositi* 16, 3. « Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. Promenda pecunia est, vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hereditaria... Sed si res sunt, quæ dividi non possunt, omnes debebit tradere (is apud quem depositum est), satisdatione idonea a petitore ei præstanda in hoc, quod supra eius partem est : satisdatione autem non interveniente rem in ædem deponi et omni actione depositarium liberari. » Cf. ci-dessus, notes 37. 38.

[45] Fr. 192, pr. D., *de reg. iur.* 50, 17. « Ea quæ in partes dividi non possunt, a singulis heredibus debentur. » — Fr. 18, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 43. Fr. 22 in f. D., *depositi* 16, 3. — Fr. 15, D., *de legatis II* (31). — Fr. 12, D., *de optione legata* 33, 5. — Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falc.* 35, 2. — Fr. 2, § 2. Fr. 85, § 2. 4, D, *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 2, § 1, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5.

[46] Fr. 2. § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eamdem rem omnes dederint : non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur : sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit, repetitionem habebit a coherede, familiæ erciscundæ iudicio. » — Fr. 12, D., *de optione legata* 33, 4.

remonte à l'origine de l'obligation, en d'autres termes, si plusieurs se sont engagés ensemble dans une obligation indivisible, ils n'ont qu'à s'imputer à eux-mêmes la position qu'ils se sont faite, et dont ils pouvaient éviter les résultats onéreux en stipulant des cautions mutuelles [47]. Quand, au contraire, la pluralité des débiteurs est survenue dans la suite par succession héréditaire, la loi leur fournit plusieurs moyens de prévenir ces inconvénients ou d'en écarter au moins les conséquences pécuniaires. D'abord le débiteur poursuivi peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, et ce n'est qu'après l'expiration de ce délai qu'il peut être condamné et forcé à l'exécution du jugement [48]. Ce moyen est presque toujours suffisant si la poursuite a lieu avant que le partage de la succession ait été opéré; car, en supposant que les cohéritiers ne se rendent pas à l'appel qui leur a été fait, celui qui a dû s'exécuter a le droit de se faire dédommager lors du partage de l'hérédité, qu'il dépend de lui de provoquer [49]. Que si les cohéritiers procèdent au partage avant que l'exécution de l'obligation indivisible ait été faite ou poursuivie, chacun d'eux peut contraindre les autres à lui fournir des cautions tendant à garantir, soit le payement des dommages et intérêts qui résulteraient du refus des cohéritiers de concourir à l'accomplissement de l'obligation, soit le remboursement des sommes qu'il pourrait être forcé de payer pour les autres [50]. — Dans tous les cas, le débiteur qui, contraint

[47] Encore cependant peut-il éviter la plupart des inconvénients qui résultent de sa situation, en employant les moyens dont nous parlerons ci-après, aux notes 48. 49. 51-54.

[48] Fr. 11, § 23. 24, D., *de legatis III* (32), ci-dessus, note 41. Cf. Fr. 18, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2.

[49] Fr. 2, § 2. 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. « 2. ... Sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit, repetitionem habebit a coherede familiæ erciscundæ iudicio... 5..... Si ita stipulatus fuero, PER TE NON FIERI, NEQUE PER HEREDEM TUUM, QUOMINUS MIHI IRE AGERE LICEAT, et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiæ erciscundæ iudicio ab eo repetent quod præstiterint. » — Fr. 85, § 3, D., *eodem.* — Fr. 18, § 4. 5. 6. 7. Fr. 20, § 3. 7. Fr. 25, § 6. 10-15. Fr. 44, § 5. 8, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 3, C., *de negotiis gestis* 2, 19. — L. 18, § 1, C., *fam. ercisc.* 3, 36. Cf. ci-après, note 51, et t. III, § 405.

[50] Fr. 25, § 9. 10. 13, D., *famil. ercisc.* 10, 2. « 9. An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habeant actionem, veniat in hoc iudicio (familiæ erciscundæ), dubitatur : veluti si quis viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem XII Tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem : et si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. 10. Contra, si promissor viæ decesserit, pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet. Igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis æstimationem præstiterit, id pro parte a ceteris consequatur. 13. Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub pœna promissa sit. Nam licet hæc obligatio dividatur per legem duodecim Tabularum, tamen, quia nihilum prodest ad pœnam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia, nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat, se ei, qui solidum solverit, partem præstaturum : sive iam solvit unus universam pecuniam, quam defunctus promisit, ne pœna committeretur, familiæ erciscundæ iudicio a coheredibus partes recipere

par une poursuite, a satisfait à une obligation, peut exercer son recours contre ses codébiteurs pour la restitution de ce qu'il aura payé à leur décharge. La quotité de ces parts et les moyens à employer pour exercer ce recours dépendent des faits particuliers de l'espèce et des rapports qui existent entre les codébiteurs [51]. Il va sans dire que le débiteur qui a causé l'inexécution par son dol ou par sa faute ne peut en aucune façon réclamer le remboursement de ce qu'il a dû payer de ce chef, et que, par contre, les autres qui auraient été forcés de payer pour lui des dommages et intérêts pourraient les réclamer de lui en entier [52].

Il nous reste à faire observer que les règles que nous venons de donner sur le payement de l'obligation indivisible cessent dès que cette obligation se résout, par suite d'inexécution, en dommages et intérêts. Car les dommages et intérêts consistent toujours en une somme d'argent et constituent, par conséquent une prestation divisible [53]. Cela contribue encore à rendre moins onéreuse la position du débiteur qui se trouve dans la nécessité de subir la condamnation pour cause d'inexécution [54]. Un pas-

poterit. » Le dernier paragraphe de ce passage parle, à la vérité, d'une obligation contractée sous clause pénale, et non pas d'une obligation indivisible ; mais, dans l'espèce, l'analogie est parfaite (*voy.* Obs. 2), et il est évident que la règle indiquée dans ce paragraphe souffre également application aux obligations indivisibles. Fr. 44, § 5, D., *eodem*. Cf. ci-après, t. III, § 405, notes 14. 43 sq.

[51] *A*) Pour l'*actio familiæ erciscundæ*, *voy.* ci-dessus, note 49. — *B*) *Actio communi dividundo*. Fr. 14, D., *de institoria actione* 14, 3. – Fr. 20, § 4, D. *famil. ercisc.* 10, 2. – Fr. 6, § 7. Fr. 14, pr. § 1. Fr. 29, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 40, D., *de negotiis gestis* 3, 5.– Cf. ci-après, § 278, note 30. — *C*) *Actio pro socio*. Fr. 14, D., *de institoria actione* 14, 3. – Fr. 11, § 3, D., *de aquæ pluviæ arc. act.* 39, 3, et par analogie les textes cités sous litt. A et B. *Voy.* aussi ci-après, § 226, n° 2, et ci-dessus, § 186, note 34. — *D*) *Actio negotiorum gestorum*. Fr. 3, § 10. Fr. 19, § 2. Fr. 31, § 7. Fr. 40. 41. 43, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – L. 3. 18, C. *eodem* 2, 19. – L. 18, § 1, C., *fam. ercisc.* 3, 6. Cf. ci-après, § 274, note 6, et ci-dessus, § 186, note 34. — *E*) Il peut aussi y avoir lieu à l'*actio mandati*. Cf. ci-après, § 222, B, 2. 3, et ci-dessus, § 186, note 34.

[52] Fr. 25, § 17. Fr. 44, § 5, D., *famil. ercisc.* 10, 2. – Fr. 3, § 3. Fr. 5, § 15. Fr. 17, § 2, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 9. 10, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 85, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 2, *verbis* Sed si unus D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5.

[53] Fr. 25, § 9, D., *famil. ercisc.* 10, 2. – Fr. 3, § 3. Fr. 21, § 1, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 1, § 44. Fr. 7, § 1. Fr. 9. 22, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 59, § 3. Fr. 60, § 2, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 39, § 2. Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. – Fr. 49, § 4, D., *de legatis III*(32).– Fr. 11, § 3. 4, D., *de aquæ pluviæ arc. actione* 39, 3. – Fr. 13, § 1. Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 4, § 2. Fr. 85, § 1. 5. Fr. 139, D., *de verb. obl.* 45, 1. Pour le Fr. 72, pr. in f. D., *eodem*, cf. ci-dessus, note 15. – Fr. 2, § 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. – Fr. 10, § 3, D., *de appellationibus* 49, 1. – Tit. C., *si plures una sententia condemnati sunt* 7, 55. — Cf. les paragraphes du Manuel, cités ci-dessus, note 41. — *Voy.* encore le Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2, transcrit ci-après, note 55.

[54] Malgré la justice évidente de cette solution et sans tenir aucun compte des décisions citées à la note précédente, on a osé contester la proposition que nous énonçons dans notre texte. Un éminent jurisconsulte de notre époque motive cette manière de voir dans les termes suivants qui justifient d'une manière frappante la critique que nous avons faite ci-dessus, § 186, Observation, de l'emploi abusif du mot par lequel commence le passage que nous allons transcrire : « L'obli-« gation solidaire (c'est-à-dire : « la poursuite *in solidum* ») est partout un bénéfice du créancier,

sage du Digeste autorise même le juge à déclarer satisfactoire l'offre que ferait le débiteur, dès l'origine, de contribuer pour sa part dans les frais que la prestation indivisible nécessitera suivant une estimation à faire, *æstimatione facta* [55].

Observation 1. Nous avons dit, dans l'exposé qui précède, que l'obligation *tradendi* est indivisible, comme le sont en général toutes les obligations de faire [56]. Cette proposition est contestée par la plupart des auteurs modernes. Il est cependant certain qu'elle est très-formellement énoncée dans nos sources et qu'elle est de plus conforme à la réalité. On ne saurait, en effet, concevoir le transfert d'une part dans une possession collective, *copossessio*, sans que tous les copossesseurs y concourent [57]. Les auteurs qui ont méconnu ce fait incontestable se sont laissés induire en erreur par la circonstance que, dans le droit nouveau, la tradition est le mode usuel de faire dation et que les *obligationes dandi* sont divisibles [58]. Mais s'il est vrai que la tradition est un mode de dation, il n'en résulte point que *dare* et *tradere* soient des choses identiques. Il y a entre les deux termes, encore dans le droit nouveau, des différences essentielles [59]; et, quand nous disons que *tradere* est un fait indivisible, nous entendons parler, comme nos sources, du simple transfert du pouvoir physique,

« un désavantage du débiteur. Et l'on prétendrait que les débiteurs seraient affranchis de ce « désavantage précisément au moment où ils ont à se reprocher une omission coupable, c'est-à-« dire une lésion évidente! Ajoutons qu'il n'y a pas un seul cas dans lequel une obligation qui à « été solidaire (*lisez :* indivisible) dans l'origine, change de nature dans la suite pour se diviser. » Il y a dans ce court passage autant d'erreurs que de phrases. 1° Dans l'obligation indivisible le législateur n'a point voulu accorder un bénéfice au créancier, en accordant la poursuite *in solidum* (à quel titre, en effet, le créancier mériterait-il une faveur à cause du caractère accidentel de la prestation qui lui est due?); mais il a voulu lui épargner un inconvénient qui peut éventuellement amener l'inanité de son droit (ce qu'il ne mérite pas plus que la faveur). C'est à cela que se borne l'avantage du créancier, et ce serait violer tous les principes de droit et d'équité que de l'appliquer de manière à faire payer au débiteur plus qu'il ne doit. 2° On abuse des mots *coupable* et *lésion*. L'inexécution d'une obligation indivisible, due par plusieurs, peut provenir de causes qui n'impliquent de la part du débiteur choisi aucun dol, aucune faute, aucune lésion; le Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2, reconnaît cette vérité, même à l'occasion d'une inexécution entièrement volontaire (*voy.* la note suivante). Si, dans un cas donné, l'inexécution provient du dol du débiteur choisi, il va sans dire que notre proposition ne lui est point applicable; il subira la condamnation pécuniaire *in solidum* et sans avoir aucun recours contre ses codébiteurs. 3° Quant à la troisième phrase, nous renvoyons à ce que nous dirons ci-après, note 71.

55 Fr. 80, § 1 in f. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. « .... Quorum omnium legatorum (quæ divisionem non recipiunt), etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur... Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut æstimatione facta legati, denuntiet legatario, ut partem æstimationis inferat : si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli. »

56 Cf. ci-dessus, note 14.

57 *Voy.* ci-dessus, t. I, § 84, note 29.

58 Cf. ci-dessus, note 5, et t. I, § 105.

59 Cela résulte de la combinaison des textes suivants : Fr. 16, *verbis* Finge alienam D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 3, § 1. Fr. 25, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 11, § 2. Fr. 30, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 1, pr. § 4, D., *de rerum permutatione* 19, 4. — Fr. 57, pr. Fr. 58, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 45, § 1. Fr. 46, D., *de legatis I* (30). — Fr. 38. § 3..

abstraction faite de la transmission du droit de propriété [60]. — On peut s'étonner que la circonstance invoquée par les auteurs que nous venons de combattre n'ait pas donné lieu à une autre thèse, entièrement opposée, qui se présenterait avec une plus grande apparence de raison. Il pourrait, en effet, paraître assez plausible de dire que, toute dation supposant le fait indivisible de la *traditio,* les *obligationes dandi* sont, dans la législation de Justinien, indivisibles. Pourtant, cette proposition n'est pas plus admissible que la précédente, d'abord parce qu'elle est contredite par tous les textes et qu'elle troublerait toute l'économie de la matière, ensuite parce qu'elle n'est pas conforme à la réalité. Il n'est pas à méconnaître que, depuis la disparition de la *mancipatio* et de la *in iure cessio*, la dation d'une partie de propriété collective serait une opération très-difficile, souvent même impossible, si on voulait y appliquer dans toute leur étendue les règles qui dominent le transfert de la simple possession de fait [61]. Mais, comme nous l'avons fait observer ailleurs, il est indispensable de modifier ces règles en ce sens que, pour la *datio,* on n'exigera point le concours de tous les copropriétaires, mais que le *codominus* qui veut transférer sa part de propriété accomplira ce transfert en mettant l'acquéreur en état d'exercer les pouvoirs qu'il avait lui-même, et ce sans le concours de qui que ce soit [62]. Si l'on ne faisait pas cette concession, on

D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 167, D., *de regulis iuris* 50. 17. — L. 8, C., *de sententiis et interlocut.* 7, 45. L. 3, C., *de evictionibus* 8, 45. Pour saisir l'importance pratique de la distinction, il sera utile de lire ce que nous dirons plus loin de la garantie du chef d'éviction, § 212, nº 4 et Observation; § 244, nº 1 ; § 246, note 12 et *in fine;* t. III, § 310, note 29 et § 421.

[60] Les arguments produits par les partisans de l'opinion qui considère l'obligation *tradendi* comme divisible reposent presque tous sur la fausse notion de la divisibilité que nous avons signalée ci-dessus, note 2, ou sur une confusion de la possession et de la propriété, du fait et du droit. Le lecteur qui s'est bien pénétré des notions essentielles de notre matière découvrira aisément l'inanité de ces arguments sans se laisser effrayer par le nombre. Nous croyons pouvoir nous borner ici aux deux observations suivantes : 1º Le Fr. 86, § 3, D., *de legatis I* (30) traite d'une *obligatio dandi;* il ne s'occupe point, d'ailleurs, des rapports entre créancier et débiteurs, mais des rapports qui existent entre les codébiteurs.—2º On a cru pouvoir écarter le Fr. 72, pr. D., *de verb. obl.* 45, 5, qui déclare indivisibles les « obligationes faciendi, utputa *fundum tradi,* vel *fossam fodiri,* vel *insulam fabricari,* vel *operas,* vel quid his simile », en supposant que, dans l'espèce, il s'agirait d'une obligation *tradendi* sous clause pénale, ce qui l'aurait rendue indivisible. Cet essai n'est guère heureux. D'une part, en effet, rien ne vient à l'appui de cette supposition qui est d'ailleurs d'autant moins vraisemblable que le fragment cité ne traite pas d'une espèce pratique, mais énonce une règle générale et théorique. D'autre part, quand même la supposition serait fondée, elle ne servirait point la thèse erronée; car la clause pénale n'exerce aucune influence sur la nature de l'obligation principale à laquelle on l'ajoute. *Voy.* ci-après, Observation 2.

[61] C'est peut-être pour cette raison que l'on continuait de procéder à l'opération de la mancipation à une époque où ce mode de transfert était disparu du système légal. Nous avons mentionné, t. I, § 97, note 22, des actes authentiques qui établissent ce fait. Nous en extrayons ici le passage suivant : « Ergo quæ tradenda erant, tradidimus; quæ mancipanda erant, mancipavimus ». Spangenberg, *Tabulæ negotiorum,* p. 185, l. 2. Cf. ci-après, les notes 63. 64. 67.

[62] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 106, notes 15. 16. — Cette diversité entre le transfert de la simple

détruirait le caractère absolu du droit de propriété [63]. Au reste, on peut encore éluder la difficulté au moyen de la déclaration que le *tradens* fera (comme cela avait été d'usage dans la mancipation [64]) de transférer actuellement la *vacua possessio* à l'acquéreur. Par cette déclaration (qui, d'ailleurs, est en effet qualifiée de *traditio* [65]), tout est terminé entre parties [66], sauf au *tradens* à venir éventuellement au secours de l'acquéreur au cas que celui se trouve empêché de se mettre en possession [67].

Observation 2. La plupart des auteurs qui ont traité la matière du paragraphe qui précède soutiennent que la clause pénale a pour effet de rendre indivisible l'obligation à laquelle elle est ajoutée. Cette opinion est erronée, comme nous le verrons ci-après, § 258, Observation. Ici nous nous bornons aux observations suivantes : *a*) Aucune loi n'établit ce

possession de fait et le transfert de la propriété ou d'une possession ayant un caractère de droit se montre, au reste, encore dans d'autres hypothèses, particulièrement dans les successions à cause de mort. L'héritier n'a la possession de fait des choses héréditaires que s'il en prend possession, tandis que la propriété ou la *possessio ad usucapionem* lui est acquise *ipso iure* par l'adition de l'hérédité. Et pour citer un exemple se rapportant à notre question, la part que le défunt peut avoir dans la propriété d'une chose se transmet *ipso iure* à l'héritier et même au légataire, tandis que ni l'un ni l'autre n'auront la copossession sans le concours des autres possesseurs. Cf. ci-dessus, t. I, § 84, note 29; § 86, note 4, et ci-après, t. III, § 401, note 4 et § 420, note 9.

[63] Notre proposition est d'ailleurs confirmée par divers actes authentiques de donation et de vente du cinquième et du sixième siècle, qui se trouvent dans les recueils de Marini, *I papiri diplomatici*. Rome 1805, et de Spangenberg, *Tabulæ negotiorum*. Leipzig, 1822; particulièrement par les deux actes suivants : 1° Le roi Odoacre, ayant fait à Pierius, son *comes domesticorum*, donation de diverses choses et, entre autres, des parts qu'il avait dans la propriété de deux immeubles situés près de Syracuse, *partem fundi Dubli quæ remansit et partem fundi Putaxiæ*, le procès-verbal de réalisation constate que les fondés de pouvoirs des deux parties se sont rendus sur les fonds et que tradition y a été faite, *nullo contradicente*, mais sans le concours des copropriétaires (Marini, n° 83. — Spangenberg, n° 27, p. 164. 171). On pourrait objecter que *pars fundi* ne signifie pas nécessairement *pars pro indiviso*. L'objection paraît peu sérieuse dans l'espèce; dans tous les cas, elle ne saurait être opposé à la seconde espèce dont nous allons parler. — 2° Les choses se passent de la même manière dans un acte de vente (M. n° 116; Sp. n° 51) où la tradition d'une sixième part, *duæ unciæ*, dans la propriété du fonds Domitien s'opère également sans le concours des *codomini, nullo contradicente*. Spangenberg, p. 25, l. 24 et p. 258, l. 20-24.

[64] *Donatio Syntrophi*, lin. 5 (Bruns, p. 133. — Giraud, p. 650). — *Donatio Artemidori*, lin. 16 (Bruns, p. 133. — Giraud, p. 652). — *Donatio Statiæ Irenæ*, lin. 12 (Bruns, p. 134. — Giraud, p. 651).

[65] Entre autres, dans les actes suivants, reproduits par Marini, n°s 93. 114. 115. — Spangenberg, n° 38, p. 213; n° 49, p. 240; n° 50, p. 247.

[66] Marini, n° 119; Spangenberg, n° 53, p. 268. « .... ita ut in traditione corporale facienda, in nullo penitus nostra exploretur, nec quæratur præsentia... »

[67] La plupart des actes de donation et de vente qui nous ont été conservés contiennent ces déclarations de transfert de possession, conçues à peu près en ces termes : *in quam vacuam possessionem eumdem emtorem (comparatorem) heredesque eius ex causa huius venditionis in suprascriptam rem ire, mittere, ingredi, possidere permisit (venditor).... numo usuali dominico uno. Huic venditioni traditionique dolum malum abesse abfuturumque esse. Voy.*, entre autres, Marini, n°s 93. 113. 115. 117. 119. 120. 122. 123. — Spangenberg, n°s 38. 48. 50. 52. 53. 54. 56. 57.

principe; plusieurs passages du Digeste disent même positivement le contraire. *b*) Ce qui a fait naître cette erreur, c'est que la peine stipulée est due en *entier* toutes les fois que l'obligation à laquelle elle est ajoutée n'est pas entièrement exécutée [68]. Il suffit cependant d'un peu de réflexion pour se convaincre que ceci ne provient pas de l'indivisibilité de l'obligation principale, mais uniquement de ce que la peine est stipulée pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas son obligation, et que l'obligation n'est pas exécutée tant que la prestation qui en fait l'objet n'est pas *entièrement accomplie*. La vérité est que la clause pénale ne change en rien la nature de l'obligation à laquelle elle est ajoutée [69].

Observation 3. Nous avons fait remarquer ci-dessus, § 168, note 4 et Observation, que l'on confond souvent l'obligation corréale avec l'obligation indivisible, par la raison que, dans l'une comme dans l'autre, la prestation doit se faire *in solidum*. Il existe cependant dans l'essence de ces deux espèces d'obligations des différences fondamentales qui ne laissent pas que de faire naître des conséquences pratiques. Ce qui rend l'obligation indivisible, c'est la qualité accidentelle de la prestation, tandis que la corréalité est fondée dans la nature même du lien obligatoire. De là il s'ensuit, entre autres : 1° Dans l'obligation corréale, chaque *reus* est respectivement créancier ou débiteur de l'obligation entière, tandis que l'obligation indivisible ne compète et n'incombe à chaque créancier ou à chaque débiteur que pour sa part [70]. 2° Si la prestation de l'obligation indivisible se change en quelque chose de divisible [71], l'obligation devient elle-même divisible tandis qu'aucun changement de la prestation n'influe sur la corréalité, qui continue de subsister tant que le lien existe. 3° Par contre, l'obligation corréale se divise entre les héritiers d'un débiteur solidaire, tandis que l'obligation indivisible reste indivisible tant que la prestation à faire conserve ce caractère. 4° Comme l'obligation indivisible ne peut être éteinte en partie, la remise d'une pareille obligation faite par l'un des créanciers ou à l'un des débiteurs, ne saurait produire d'effets [72],

[68] Fr. 25, § 13, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. « ... Pecunia... sub pœna promissa..., licet hæc obligatio dividatur per legem Duodecim Tabularum, tamen... nihilum prodest ad pœnam evitandam partem suam solvere. » — Fr. 72, pr. Fr. 85, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[69] *Voy.* ci-après, § 258, Observation, où nous fournirons également l'explication du Fr. 4, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1, qui a donné lieu aux interprétations les plus singulières.

[70] *Voy.* ci-dessus, § 186, note 5. De cette unité d'obligation dans les créances corréales, les Romains ont conclu que l'impossibilité d'exécuter l'obligation, occasionnée par l'un des *correi*, n'avait point pour effet de libérer les autres (§ 186, note 24). Il en est autrement des obligations indivisibles qui sont soumis aux règles généles.

[71] Par exemple, si en cas d'inexécution, il y a condamnation aux dommages et intérêts, ou bien, si dans une obligation alternative l'un des objets *in obligatione* vient à périr et que la prestation qui reste due est divisible. *Voy.* ci-dessus, notes 8 et 53.

[72] Dans les cas d'indivisibilité relative que présentent les obligations alternatives et *generis*, pareille remise peut amener libération partielle. Fr. 13, § 1. Fr. 17. D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 2, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-dessus, note 8.

tandis que la remise d'une dette corréale faite par l'un des créanciers ou à l'un des débiteurs solidaires est efficace et peut même avoir pour effet d'éteindre la dette à l'égard de tous les coïntéressés [73]. 5° L'indivisibilité supposant toujours une communauté d'intérêts, il est naturel que celui qui a dû payer le tout ait un recours contre ses codébiteurs, tandis que la corréalité par elle seule ne donne lieu à aucun recours [74]. 6° Enfin la loi, pour mitiger les inconvénients que, par suite d'une nécessité physique, elle a dû infliger aux codébiteurs d'une dette indivisible, permet à celui d'entre eux qui est poursuivi *in solidum* de demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs, tandis que le débiteur solidaire choisi par le créancier doit immédiatement s'exécuter pour le tout [75].

DES MOYENS DE DROIT SERVANT A GARANTIR LES OBLIGATIONS.

§ 193. *De l'obligation naturelle* †.

Ce qui donne surtout à une obligation de l'efficacité et de la valeur, c'est la possibilité d'en poursuivre l'exécution. Sous ce rapport, nous trouvons dans le droit romain une distinction importante que nous avons déjà indiquée au § 2 : il y a des *obligationes iuris civilis* et *iuris gentium*, ou, en d'autres termes des *obligations civiles* et des *obligations naturelles*.

Le développement de la législation romaine à l'égard des obligations a été, en général, analogue à celui que nous avons observé en traitant de l'histoire de la propriété, avec cette différence cependant qu'il a amené une solution moins complète. En effet, nous avons vu que la propriété *iuris gentium*, qui, dans le principe, ne jouissait pas d'une protection plus efficace que la simple possession, fut de plus en plus assimilée à la propriété civile, jusqu'à ce qu'enfin ces deux institutions finissent par se fondre en un seul droit. Le même travail d'assimilation s'est fait dans la matière des obligations, mais il n'a pas été achevé. Dès lors on conçoit aisément qu'il est impossible de mettre dans l'exposé de ce développement, resté incomplet, la précision avec laquelle nous avons pu suivre l'histoire du droit de propriété. Nous serons forcé de nous restreindre aux généralités, sauf à montrer en détail la marche progressive de la législation quand nous traiterons des divers cas à l'égard desquels ce mouvement s'est manifesté.

[73] *Voy.* ci-dessus, § 186, notes 22. 23, et pour les détails, ci-après, § 295, notes 16-28. 34-39, et t. III, § 435.

[74] *Voy.* ci-dessus, notes 49-52 et § 186, notes 26-41.

[75] *Voy.* ci-dessus, notes 41. 48.

† Cette matière a été récemment traitée d'une manière approfondie par M. Machelard, *des Obligations naturelles en droit romain*. Paris, 1862.

Sans prétendre épuiser complétement la matière, on peut admettre en principe que nous nous trouvons dans un rapport d'obligation : 1° quand nous avons manifesté notre volonté à cet égard en nous engageant nous-même vis-à-vis d'une autre personne à une prestation en sa faveur ; 2° quand, par notre fait, nous avons causé un dommage à autrui. Les Romains se sont également laissé guider par ces principes ; mais ici, comme dans d'autres matières, ils ont commencé par sanctionner des cas particuliers sans poser de règle générale. En dehors de ces cas, il devait s'en présenter d'autres qui, dominés par le même principe, réclamaient une protection analogue, d'autant plus que toutes les nations connues s'accordaient à la leur attribuer. Ainsi l'influence des idées universellement reçues augmenta le nombre des espèces particulières sanctionnées civilement, à mesure que l'extension des relations sociales en fit sentir le besoin, et les institutions du *ius gentium* acquirent de l'efficacité en même temps et dans la même progression que le *ius civile* perdit de sa rigueur. Cette action réciproque tendait évidemment à une fusion complète. Mais le développement des institutions s'arrêta avant d'être arrivé à son terme : la division en *obligationes civiles* et *obligationes naturales* subsiste encore dans le droit de Justinien.

L'obligation civile est fondée en droit civil, et garantie par les institutions civiles, particulièrement au moyen d'une action [1]. Il y a obligation naturelle toute les fois que, d'après le *ius gentium*, il existe un lien obligatoire entre deux personnes [2]. Ce lien, à moins que la loi civile ne le réprouve expressément, mérite d'être respecté ; mais tant qu'il n'est pas positivement sanctionné, il ne donne pas droit à invoquer l'intervention des tribunaux romains, institution essentiellement civile : en d'autres termes, le créancier n'a point d'action à l'effet de poursuivre l'exécutiou de son droit [3]. — Au premier abord, il pourrait dès lors paraître que l'obligation naturelle n'a aucune efficacité et partant aucune valeur [4]. Ce serait cependant une erreur : l'obligation naturelle est utile au créancier

[1] Pr. I., *de obligationibus* 3, 13. « Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei *secundum nostræ civitatis iura*. »

[2] Fr. 84, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. » — Le Fr. 64, D., *de condict. indebiti* 12, 6, qualifie de *naturalis* une obligation existant entre maître et esclave, bien que *dominatio ex gentium iure introducta sit*, et cela par la raison que *libertas naturali iure continetur*. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 2, Observation.

[3] Fr. 7, § 4, D., *de pactis* 2, 14. « Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » Dans ce passage, le mot *obligatio* est pris pour *actio*. *Voy.* la note suivante, et ci-dessus, § 41, note 4.

[4] C'est cette considération qui a donné lieu au passage d'Ulpien que nous avons cité à la note précédente et à un autre passage du même auteur, qui se trouve au Fr. 10, D., *de verborum sign.* 50, 16. « Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione... Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. » — Cf. Fr. 108. 178, § 3 D., *eodem*. — Fr. 6. 42, § 1, *de obl. et act.* 44, 7, et Fr. 16, § 4, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

toutes les fois qu'il peut la faire valoir sans recourir à une poursuite judiciaire. Sous ce rapport, il se trouve dans une position analogue à celle du propriétaire naturel ou du possesseur d'une chose, c'est-à-dire qu'il peut maintenir le *statu quo*. Car il est dans la nature des choses que celui qui veut maintenir ce qui existe n'ait pas besoin de prendre le rôle d'agresseur. C'est ce qui fait dire que l'obligation naturelle ne donne pas une action, mais bien une exception. Néanmoins cette règle est trop étroite, car l'obligation naturelle procure encore d'autres avantages. Voici, du reste, l'énumération des effets qu'elle peut produire :

1° Ce qui a été donné en payement d'une obligation naturelle ne peut être répété : *solutum repeti non potest* [5].

2° Une créance naturelle peut être opposée par voie de compensation, lorsque le créancier naturel est poursuivi en payement d'une dette civile, pourvu que les conditions requises pour la compensation se rencontrent dans l'espèce [6].

3° Le créancier naturel peut user du *ius retentionis*, s'il y a lieu [7].

4° Le débiteur naturel peut reconnaître sa dette d'une manière civile; dans ce cas, elle sera mise sur la même ligne qu'une obligation civile [8].

5° De même l'obligation naturelle peut servir de base à un droit civil accessoire formant une garantie de l'obligation naturelle; par exemple, un droit d'hypothèque, un cautionnement civil [9].

C'est au moyen d'une *exceptio doli* que le créancier naturel fait valoir son droit dans les trois premiers cas; dans les deux derniers, l'obligation naturelle devient utile en servant de base à un droit civil qui, sans elle, n'aurait pu exister [10]. Au reste, l'obligation naturelle ne produit pas

[5] Fr. 19, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6. « Si pœnæ causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, *et ideo solutum repeti non potest*. — Fr. 64, D., *eodem*. « Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum. » — Fr. 26, pr. § 12. Fr. 32, § 2. Fr. 51, D., *eodem*. — Fr. 20, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 10, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Fr. 16, § 4, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 5, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 3, C., *de usuris* 4, 32.

[6] Fr. 6, D., *de compensationibus* 16, 2 « Etiam quod natura debetur venit in compensationem. » *Voy*. ci-après, § 291.

[7] *Voy*. ci-dessus, §§ 40. 99. 102. 103. 120. Ajoutez Fr. 51, D., *de condict. indebiti* 12, 6. « Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. »

[8] Cela peut se faire par le constitut ou par la novation. *Voy*. ci-après, §§ 251 et 293. — Fr. 1, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. — Fr. 1, § 7, D., *de pecunia constituta* 13, 5.

[9] § 1, I., *de fideiussoribus* 3, 20. « In omnibus autem obligationibus adsumi possunt (fideiussores)... At nihil quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adiiciatur fideiussor. » — Fr. 7. 16, § 3. 4, D., *de fideiuss*. 46, 1. « Fideiussor accipi potest quotiens est aliqua vel civilis vel naturalis obligatio cui applicetur. » Pour les effets du cautionnement d'une dette naturelle, *voy*. ci-après, § 261. — Quant à l'hypothèque garantissant une dette naturelle, *voy*. ci-dessus, t. I, §§ 145. 168, et Fr. 5, § 2. Fr. 101, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 4, C., *de usuris* 4, 32.

[10] C'est à cet ordre d'idées que se rapporte le Fr. 10, D., *de obl. et act*. 44, 7, qui se trouve

toujours nécessairement tous les effets que nous venons d'indiquer. Ainsi il fut un temps où la compensation n'était pas même admise en faveur de toutes les obligations civiles; on conçoit qu'alors l'obligation purement naturelle n'ait pas davantage joui de cette faveur. Il peut encore se faire dans le droit nouveau que tel autre effet soit refusé à une obligation naturelle [11]. Il en est cependant un que l'on peut admettre comme étant essentiel : ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle ne peut être répété.

Si nous demandons maintenant dans quels cas il y a obligation civile ou naturelle, la réponse ne peut être donnée d'une manière absolue pour toutes les époques de l'histoire romaine. Néanmoins nous pouvons distinguer les trois catégories suivantes : *a*) obligation purement naturelle, fondée exclusivement dans le *ius gentium* et n'ayant aucun caractère civil; *b*) obligation civile, fondée à la fois dans le *ius civile* et dans le *ius gentium; c*) obligation purement civile, fondée exclusivement sur une disposition du *ius civile* sans renfermer un élément naturel [12]. — Enfin il est des obligations naturelles auxquelles la loi civile a positivement refusé toute valeur. Les commentateurs les appellent *obligationes iure civili reprobatæ* *. Telles sont les dettes de jeu, les conventions usuraires, etc.

Les causes qui font que, dans un cas donné, le rapport obligatoire qui s'établit entre deux personnes est purement naturel, peuvent être classées, comme pour les droits réels, en trois catégories [13].

1) *Qualité personnelle de l'une ou de l'autre des deux parties.* L'esclave, étant privé de la personnalité civile, ne peut figurer dans une obligation

reproduit au Fr. 16, § 4, D., *de fideiuss.* 46, 1. « Naturales obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua earum nomine competit : verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit, » qu'il faut traduire comme suit : « Les obligations naturelles sont utiles, non-seulement lorsqu'elles servent de base à un droit civil donnant lieu à une action, mais aussi par la raison que ce qui a été payé ne peut être répété. »

[11] Ainsi la créance naturelle du *bonæ fidei possessor* qui a fait des impenses sur la chose ne peut être opposée en compensation. Cf. ci-après, § 291, n° 1. — Le compromis n'autorise point à opposer une exception à l'action que l'une ou l'autre des parties porterait devant le juge ordinaire. Fr. 2, D., *de receptis* 4, 8, et ci-après, § 257, note 5. — *Voy.* encore ci-après, § 257, note 1, et § 298, notes 10-13.

[12] Il n'est pas sans intérêt de faire observer l'analogie qui existe à cet égard entre la propriété et les obligations. L'obligation purement naturelle répond au simple *in bonis esse,* l'obligation à la fois naturelle et civile est analogue au *dominium pleno iure* ou *ex utroque iure;* enfin, l'obligation purement civile peut être comparée au *nudum ius Quiritium. Voy.* ci-dessus, t. I, § 91. 92.

[13] En dehors de ces trois catégories, les commentateurs ont cru trouver d'autres cas d'obligations naturelles dans des hypothèses où la loi ne permet pas de répéter une libéralité spontanément faite. Mais cette circonstance ne nous autorise pas à soutenir que, antérieurement à la prestation faite, il y ait eu obligation. Tels sont les cas de la femme qui a constitué une dot sans s'y être obligée antérieurement. (Fr. 32, § 2, D., *de condict. indebiti* 12, 6, et ci-après, t. III, § 310); de l'affranchi qui preste spontanément des *operæ* non promises (Fr. 26, § 12, D., *de condict. indeb.* 12, 6, et ci-après, t. III, § 337): des aliments fournis sans nécessité juridique (Fr. 27, § 1, D., *de negotiis gestis* 3. 5. — L. 11, C., *eodem* 2, 19. — L. 17, C., *de postliminio reversis* 8, 51); de

civile, ni comme créancier, ni comme débiteur; mais on lui reconnaît une certaine capacité d'après le *ius gentium* [14]. Le père et le fils de famille, ne formant qu'une seule personne, par rapport aux droits patrimoniaux, ne peuvent s'obliger l'un vis-à-vis de l'autre selon le *ius civile;* mais une obligation naturelle peut s'établir entre eux [15]. Enfin le pupille, qui est, en général, incapable de s'obliger civilement, peut, selon les circonstances, contracter une obligation naturelle [16].

2) *Mode dont l'obligation a pris naissance*. Les détails ne pourront être donnés que dans le titre deuxième, où nous traiterons des différentes causes d'obligations. Ici il suffit de faire observer qu'un rapport existant entre deux personnes n'a force civilement obligatoire que quand le droit des Quirites l'a sanctionné. Or, en ce qui concerne les rapports qui s'établissent par convention entre le créancier et le débiteur, les Romains reconnaissaient, à la vérité, qu'ils constituent un lien obligatoire; mais, pour que ce lien eût toute l'efficacité civile, il fallait qu'il fût fondé sur une cause civile qui pouvait résider soit dans la nature même de l'engagement, soit dans la forme extérieure dont il était revêtu. Un simple engagement, dépourvu de cette *causa civilis* était appelé *nudum pactum* ou *nuda pactio* et ne produisait qu'une obligation naturelle [17]. De même pour qu'un fait unilatéral donne lieu à une obligation civile, il faut que le droit des Quirites ait créé une action pour l'espèce. Ainsi l'on reconnaît que le possesseur de bonne foi, qui de ses deniers a augmenté la valeur de la chose d'autrui, a le droit d'être indemnisé de ce chef, mais ce droit manque d'action et se trouve dès lors réduit à l'état de simple obligation

l'héritier qui, *ex conscientia*, exécute un legs ou fidéicommis irrégulier ou qui néglige, en connaissance de cause, de déduire la Falcidie ou la *quarta Trebelliana*. Paul, IV, 3, 4. — Fr. 21. 68, § 1, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — L. 2, C. *de fideicommissis* 6, 42. Cf. Fr. 11, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 5, § 15, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

[14] Fr. 32, D., *de reg. iur.* 50, 17. — Fr. 14, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent : ex contractibus autem civiliter non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. » — Fr. 64, D., *de condict. indebiti* 12, 6. « Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum... » Fr. 13, pr. D., *eodem. Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, § 333. 334.

[15] Il en est de même de deux frères qui se trouvent sous la même puissance, § 4. 6, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. *Voy.*, pour les détails de cette matière, ci-après, t. III, § 328.

[16] *Voy.*, sur cette question, qui a donné lieu à de grandes controverses, ci-après, t. III, § 346.

[17] Fr. 7, D., *de pactis* 2, 14. « Iuris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. 1. Quæ pariunt actiones, in suo nomine non constant, sed transeunt in proprium nomen contractus : ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 4. *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* » — Paul, II, 14, 1. « .... Ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur. » *Voy.*, pour les détails, ci-après, §§ 207 ; 249, note 1 ; 257, note 1. Cf. § 252, notes 2. 3 ; § 235, note 7 ; § 234, note 7.

naturelle [18]. Il paraît aussi que le propriétaire d'une chose inanimée par laquelle un dommage a été causé à quelqu'un, doit être considéré, dans divers cas, comme naturellement obligé de réparer ce dommage, au moins dans une certaine proportion [19].

3 *L'objet ou plutôt la nature particulière de certains faits obligatoires* a engagé les Romains à refuser aux rapports qui en naissent le caractère d'obligation civile, tout en leur laissant la protection du *ius gentium*. Dans ces cas le créancier pouvait bien, à la rigueur, intenter une action, mais le débiteur se défendait au moyen d'une exception, qui avait pour effet de repousser la demande dirigée contre lui et de paralyser l'action. Exemples : la *præscriptio temporalis* opposée à une action personnelle [20], l'exception du sénatus-consulte Macédonien [21]. — Il faut se garder de confondre ces obligations avec les cas où une exception a pour effet de détruire complétement le droit d'obligation, de manière qu'il n'en reste pas même d'élément naturel [22].

Observation. La considératiou par laquelle nous avons terminé ce paragraphe nous engage à signaler ici les différentes faces sous lesquelles une obligation peut se présenter, eu égard à son efficacité.

1° Obligation civile, reconnue et garantie par le *ius civile*, et qu'on peut faire valoir tant par action que par exception.

2° Obligation civile, dont l'effet est paralysé par une exception, de manière cependant que l'élément naturel subsiste. Exemples : l'action à laquelle la *præscriptio temporalis* ou l'exception du sénatus-consulte Macédonien est opposée.

3° Obligation civile, dont l'effet est anéanti par une *exceptio perpetua*, de manière qu'il ne reste pas même de lien naturel. De pareilles exceptions sont l'*exceptio doli*, l'*exceptio quod metus causa*, l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Le terme technique pour désigner ces obligations anéanties est *obligatio inanis*, *inefficax* [23].

4° Obligation naturelle qui n'a jamais eu d'élément civil, et qu'on ne peut faire valoir que d'une manière indirecte, particulièrement au moyen d'une exception. Exemple : la simple convention, *nuda pactio*.

5° *Ipso iure nulla obligatio*, absence de toute obligation, soit qu'il n'y ait jamais eu de cause, soit que la cause n'ait pas pu produire d'obligation. Ce dernier cas comprend les *obligationes reprobatæ*.

[18] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 120, notes 13-22.

[19] *Voy.* ci-après, § 282 *in fine*.

[20] *Voy.* ci-après, § 298, et ci-dessus, t. I, § 61.

[21] *Voy.*, ci-après, § 234, Observation.

[22] *Voy.* la note suivante, et ci-après, § 287.

[23] Fr. 20, § 3, D., *de liberali causa* 40, 12 « Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest : ceterum si potest, dicendum non esse obligatum. » — Fr. 11, § 5, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 8, D., *de condict. ob turpem causam* 12, 5. — Fr. 13, D., *de iure dotium*

L'espèce sous le n° 1 forme la règle dans le droit civil. Les n°s 2 et 4 constituent des obligations naturelles, et c'est à eux que s'appliquent les règles données dans le paragraphe qui précède. Quant aux n°s 3 et 5, on pourrait, au premier abord, être tenté de les confondre. Ce serait cependant une erreur; car ils diffèrent et par leur origine et par leurs effets. Quant à l'origine, l'*obligatio inanis* suppose l'existence d'une obligation civile, qui ne devient inefficace que par l'exception que le débiteur oppose; on ne peut dire qu'il y ait *ipso iure nulla obligatio,* que lorsqu'il y a absence de tout lien obligatoire. Quant aux effets, il est à remarquer que les obligations sous le n° 3 peuvent ne pas devenir inefficaces [24], tandis que l'*obligatio ipso iure nulla* ne peut jamais et en aucune façon produire d'effet.

DES OBLIGATIONS CIVILES OU DES ACTIONS SERVANT A FAIRE VALOIR LES OBLIGATIONS †.

§ 194. *Actions civiles et prétoriennes. — Actions nommées; actions innommées (condictiones, in factum actiones); interdits.*

De ce que nous avons dit au § 50, il résulte nécessairement que toutes les actions créées à l'effet de garantir un droit d'obligation appartiennent à la classe des actions personnelles, *in personam actiones.* — Les divisions des actions que nous avons mentionnées dans le titre général des Actions s'appliquent toutes plus ou moins à notre matière. Nous pouvons donc renvoyer aux §§ 50-53, sauf à exposer ici quelques notions exclusivement propres aux *actiones in personam.* — Cependant, avant de commencer cet exposé, la division des actions ou obligations en *civiles* et *honoraires* doit être rappelée, uniquement pour empêcher qu'on ne confonde le terme obligation civile, dans ce sens, avec le même terme

23, 3. — Fr. 21, § 4, D., *de fideiussoribus* 46. 1. — Fr. 95, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3 et *passim.* La terminologie, au reste, n'est pas rigoureuse. Ainsi Gaius, Fr. 6, D., *de dolo malo,* 4, 3, qualifie d'*inanis* une obligation parfaitement valide, mais dont le créancier ne peut obtenir le payement *propter inopiam creditoris.* Par contre, une obligation inefficace est appelée *quasi nulla,* au Fr. 25, D., *de verb. obl.* 15, 1, et même parfois *nulla.* Cf. ci-après, § 202, Observation.

[24] Savoir, si le débiteur n'use pas de son exception (Fr. 24. 26, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 53, D., *de regulis iuris* 50, 17), ou si le créancier peut opposer efficacement une réplique à l'exception du débiteur. *Vaticana fragm.* 266. 294. 312. — Fr. 27, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — L. 12, C., *eodem* 2, 3. *Voy.* ci-après, § 287 *in fine.*

† Dans l'esquisse que nous allons donner, nous prenons pour point de départ la division en actions nommées et actions innommées, en la combinant avec la terminologie romaine qui distingue les *formulæ vulgares.* Il est vrai que notre division n'est point *in terminis* consacrée par les sources; mais elle y est de fait, et elle nous paraît particulièrement propre à faire comprendre le développement historique de la matière.

[1] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 51, I.

employé dans le sens que nous lui avons donné au paragraphe précédent. Car, dans cette dernière acception, par antithèse aux obligations naturelles, la catégorie des obligations civiles comprend également celles qui doivent leur origine au droit prétorien ou honoraire.

Originairement l'exécution de toutes les obligations se poursuivait au moyen de la *sacramenti legis actio*. Par la suite, on appliqua à quelques-unes d'entre elles la *legis actio* plus libre *per iudicis postulationem*. A ces deux espèces de procédure qui embrassaient toutes les obligations admises par le *ius civile*, vint se joindre plus tard la *legis actio per condictionem* qui finit par faire disparaître le *sacramentum* dans les actions *in personam* [2].

On ne tarda pas à créer, pour les diverses contestations qui se poursuivaient ainsi, des formules qui, consacrées par l'usage, reçurent le nom de formules usuelles, *vulgares formulæ* [3]. La *legis actio per condictionem* n'avait qu'une seule formule d'une rédaction uniforme afin de pouvoir s'appliquer à toute demande, quels qu'en fussent la cause et le fondement, pourvu que l'objet de la prestation fût rigoureusement déterminé (*pecunia certa* ou au moins *res certa*) de manière à réduire le débat à une simple question de OUI et NON [4]. Dans les demandes poursuivies au moyen de la *iudicis postulatio*, au contraire, il pouvait y avoir contestation sur la nature et sur l'étendue de la prestation, ce qui rendait nécessaire d'indiquer la nature du rapport obligatoire en vertu duquel la prestation devait être faite. On fut ainsi amené à rédiger des formules particulières pour les cas qui se présentaient le plus fréquemment [5] et à les désigner par des noms empruntés aux rapports obligatoires qui servaient de fondement à la demande. Cette circonstance a engagé les jurisconsultes modernes à appeler actions nommées les actions dans lesquelles on se servait de ces formules. Nous ne voyons aucun inconvénient à suivre cet usage et à appliquer par contre le terme actions innomées aux *condictiones* [6]. — Nous avons déjà eu l'occasion de faire observer que toutes les condictions sont des actions civiles. La catégorie des actions

[2] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 43, nos 1. 2. 3.

[3] *Vatic. fragm.* 102 in fine.—Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. —Fr. 46 in f. D., *de hered. instit.* 28, 5. — Fr. 42, pr. D., *de furtis* 47, 2. — Cf. ci-dessus, t. I, § 45, no 2 et § 52.

[4] SI PARET Nm Nm Ao Ao MILLE (ou bien HOMINEM STICHUM) DARE OPORTERE. « Cf. ci-après, note 10 *in fine* et § 195, note 3, ainsi que t. I, § 43, no 3.

[5] CIC., *pro Roscio comœdo*, 8 in fine. « Sunt iura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ *rel.* »—Fr. 7, § 1, D., *de pactis* 2, 14, ci-dessus, § 193, note 17.—Fr. 1, pr. Fr. 2. 11, D., *de præscr. verbis* 19, 5, ci-après, note 7.

[6] Habituellement on réserve la qualification d'*actions innommées* à une seule catégorie des *civiles in factum actiones* (*voy.* ci-après, § 243); mais si l'on veut être logique, il faut lui attribuer une signification bien plus étendue. En effet, ce terme n'est point romain; dès lors, si nous voulons l'employer, il faut au moins lui donner un sens rationnel. Or il est impossible d'en trouver un autre que celui que nous employons dans le texte, savoir : action qui n'est pas désignée (*et dont, par conséquent, la nature particulière n'est pas déterminée*) par le nom du rapport obliga-

nommées comprend des actions civiles et des actions honoraires. Parmi les civiles, nous remarquons les demandes en partage (*finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo*), les actions *rei uxoriæ, fiduciæ, recepticia, emti, venditi, locati, conducti, mandati, depensi, pro socio, commodati, depositi, pignoraticia, furti, iniuriarum;* parmi les honoraires, les actions *constitutoria* ou *de pecunia constitua, de peculio, quod iussu, exercitoria, tributoria, redhibitoria,* etc. Ces noms continuèrent à être employés encore après la disparition du système formulaire, et plusieurs d'entre eux ont passé même dans les législations modernes.

Cependant ces formules particulières, adoptées aux rapports obligatoires les plus usités, ne pouvaient suffire à la longue. A mesure que les relations sociales se compliquèrent, on vit surgir des rapports nouveaux auxquels on ne pouvait se refuser à reconnaître un caractère obligatoire et qui cependant ne pouvaient être poursuivis par la voie de la *condictio* ni être rangés dans l'une ou l'autre des formules désignées par des noms usités [7]. A moins de créer des dénominations nouvelles (ce qui était difficile à cause de la grande variété des espèces), il fallait bien étendre le cercle des actions innommées, en employant une formule générale, sauf à indiquer dans l'*intentio* ou dans une *præscriptio* les faits sur lesquels le demandeur entendait fonder sa prétention ; ce qui valait à ces actions le nom de *in factum actiones* [8]. Il est probable que la première création de ces *in factum actiones* est due à l'action réformatrice des préteurs. Mais les *prudentes* ne tardèrent pas à suivre la même voie, et nous voyons le principe des *in factum actiones* envahir même le domaine des *condictiones* [9].

Grâce à sa rédaction générale, la formule condictice se prêtait, en

toire qu'elle sert à protéger. En prenant le mot dans ce sens, il est évident qu'il faut l'appliquer à *toutes* les *condictiones* et à *toutes* les *actiones in factum.* — Au reste, si la formule de la condiction originaire, c'est-à-dire, de la *condictio pecuniæ* et *rei certæ,* ne mentionnait point la cause de l'obligation, rien ne s'opposait à ce que, dans un cas donné, le demandeur insérât lui-même cette mention, en déclarant que la dette résultait d'une stipulation, d'un testament, etc. Cf. ci-après, § 246, et t. III, § 425, B.

[7] Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *de præscriptis verbis et in factum actionibus* 19, 5. « Nonnumquam evenit, ut *cessantibus indiciis proditis* et *vulgaribus actionibus,* cum *proprium nomen* invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ *in factum* appellantur. 2. Nam, cum deficiunt *vulgaria atque usitata* actionum *nomina,* præscriptis verbis (*in factum*) agendum est. » — Fr. 11, D., *eodem.* « Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones *in factum* desiderantur. Sed et eas actiones *rel.* »

[8] Gaius, IV, 46. « Ceteras vero in factum vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis (iuris civilis) conceptio est, sed INITIO formulæ, *nominato eo quod factum est,* adiiciuntur verba per quæ iudici damnandi absolvendive potestas datur.... » Sauf dans les actions pénales, où le montant de la peine pouvait être *certum* (Gaius, *l. l.*), la *condemnatio* était régulièrement *incerta :* QUANTI EA RES EST, TANTAM PECUNIAM IUDEX CONDEMNATO. QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET, ID IUDEX CONDEMNATO.

[9] C'est particulièrement dans les *condictiones in factum,* qu'on indique ce caractère au moyen d'une *præscriptio,* d'où le nom *præscriptis verbis actiones,* pour désigner une catégorie particulièrement intéressante d'*actiones in factum. Voy.* ci-après, § 243 et § 271.

effet, parfaitement aux extensions que les besoins d'une civilisation plus avancée faisaient désirer. Il est vrai que, dans l'origine, la *legis actio per condictionem* n'était autorisée par la loi *Silia* que quand il s'agissait de la dation d'une somme d'argent déterminée, *pecunia certa;* mais encore sous le régime des *legis actiones*, la loi *Calpurnia* admit cette procédure toutes les fois qu'il s'agissait d'une obligation consistant à donner une chose quelconque déterminée, *res certa* [10]. La jurisprudence ne tarda pas à l'étendre encore davantage, en l'appliquant à divers cas dans lesquels il s'agissait de la *datio* d'une chose incertaine; on créa des *condictiones incerti* [11]. On ne s'arrêta même point là : quand on fut habitué à qualifier de chose tout droit patrimonial quelconque [12], rien n'empêchait plus d'appliquer la *condictio* à toute espèce d'obligation unilatérale. A cet effet, on n'avait qu'à considérer la prestation d'une obligation comme la *dation* d'une chose incorporelle. Il est assez naturel que cette extension ait eu lieu à l'égard des obligations qui ont pour but la constitution d'un *ius in re*, et qui sont considérées comme *obligationes dandi* [13]. Mais on alla plus loin, en admettant la *condictio* pour demander l'exécution d'une obligation qui consiste à nous faire restituer ou en général à nous faire avoir la simple possession d'une chose [14]; nous trouvons également des applications de la *condictio* à des hypothèses où la demande tend à ce que l'adversaire s'oblige envers nous par stipulation, nous restitue une créance à laquelle nous avons renoncé sans y être tenus ou nous libère d'une obligation que nous avons indûment assumée [15]; enfin quand on eut admis

[10] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 43, n° 3.

[11] Les *condictiones incerti* étaient déjà en usage du temps de la république. En effet, Cicéron, *divinatio in Cæcilium*, 5, après avoir parlé de l'*actio repetundarum* du chef d'exactions commises à l'égard des habitants d'une province, action qui doit être portée devant une *quæstio perpetua*, dit que les citoyens n'ont pas besoin de suivre cette voie, qu'ils peuvent agir *civili actione et privato iure*. Or, cette *civilis et privata actio* est évidemment une *condictio*. Cf. ci-après, note 17.

[12] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 26.

[13] *Voy.* les textes cités ci-dessus, § 169, note 6 et Fr. 35, pr. D., *de servit. præd. urb.* 8, 2.— Fr. 19, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 22, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 1, pr. D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 8, pr. D., *emti* 19, 1. — Fr. 56, § 6. Fr. 75, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Dans ces hypothèses, il peut y avoir concours électif entre la *condictio incerti* et une action nommée. Fr. 35, pr. D., *cité.* « .... vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur. »

[14] Fr. 4, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. Cf. Fr. 4, § 2, D., *eodem.* — Fr. 15, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — * Fr. 12, § 2, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — * Fr. 2, D., *de condict. triticaria* 13, 3. « Sabinus... Celsus... » — Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 6, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — * Fr. 19, § 2, D., *de precario*, D., 43, 26. — Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 25, § 1, D., *de furtis* 47, 2. « Labeo negat.... Celsus putat posse condici possessionem (fundi), quemadmodum potest re mobili subrepta. » — Cf. Fr. 21, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2; Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Dans ces cas, il peut y avoir concours électif entre la *condictio incerti* et un interdit possessoire ou une action de contrat. *Voy.* les textes marqués d'un astérisque et l'observation finale de la note précédente.

[15] *A. B*). Condicere cautionem, stipulationem, obligationem. Fr. 5, § 1, D., *de usufr. earum*

des stipulations ayant pour objet un *facere* quelconque et même un *non facere*, la *condictio* devait encore servir à poursuivre l'exécution de ces obligations [16]. Ce développement, au reste, n'a rien de surprenant quand on considère que déjà, vers la fin de la république, l'*intentio* dans la formule de la *condictio* pouvait être conçue de la manière suivante : QUIDQUID DARE FACERE OPORTET [17]. Aussi, comme le dit Paul, quand la loi a créé une obligation nouvelle, sans déterminer l'action par laquelle il faut la faire valoir, nous la poursuivons au moyen d'une *condictio ex lege* [18]. De cette manière l'emploi de ce genre d'action avait fini par devenir si universel que, dans plus d'un passage de nos sources, les termes *condictio* et *actio in personam* paraissent comme synonymes [19]. — Cependant on appelait

rerum quæ usu consumuntur 7, 5. « ... omissam cautionem (fructuariam) posse condici incerti condictione. » et Fr. 7, pr. in f. D., *usufructarius quemadm. caveat* 7, 9. « ... Sed et ipsa stipulatio (fructuaria) condici potest. » Cf. ci-dessus t. I, § 127, note 8. — Fr. 4, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 1, pr. D., *de condict. sine causa* 12, 7. « Est et hæc species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, *condicere quantitatem non potest*, quam non debet, *sed ipsam obligationem*. » — Fr. 3, D., *eodem*. — Fr. 76, D., *de iure dotium* 23, 3. — C) CONDICERE LIBERATIONEM, ACCEPTILATIONEM. Fr. 16, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 22, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 3, D., *de condict. sine causa* 12, 7. — Fr. 5, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 46, pr. in f. D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 5, § 4, D., *de doli mali except.* 44, 4. — Fr. 12. 13, D., *de novationibus* 46, 2. — L. 1, C., *de errore calculi* 2, 5. D'autres exemples se rencontreront, quand nous traiterons de la répétition de choses indûment reçues et des legs. *Voy.* ci-après, §§ 275-277, et t. III, § 414, nos 3. 4; § 415, note 44; § 423, B; § 424, note 11; § 435. — Rappelons ici l'observation par laquelle nous avons terminé les deux notes précédentes, savoir que, suivant les circonstances, la *condictio incerti* (comme au reste aussi la *condictio certi*, ci-après, § 195, notes 9. 10) peut concourir électivement avec l'action d'un contrat nommé. § 8, I., *quod cum eo* 4, 7. — Fr. 13, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 17, § 5, D., *de institoria actione* 13, 4. — Fr. 45-50, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 12, D., *de novationibus* 46, 2. — Cf. Fr. 36, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[16] Fr. 75, § 7, D., *de verborum obligationibus* 45, 1, et ci-après, § 246.

[17] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20. « .... QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET.... IUDEX CONDEMNATO..... » — GAIUS, IV, 131. 136. « Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam : QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST... QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua. »

[18] Fr. 1, D., *de condictione ex lege* 13, 2. « Si obligatio lege nova introducta sit, neque cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. » — Fr. 9, § 1, D., *si certum petatur* 12, 1. « Competit hæc actio (condictio certi) etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex senatus-consulto agetur, competit hæc actio, veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. » — Nous aurons, dans la suite, à mentionner un très-grand nombre de ces *condictiones ex lege*. *Voy.*, entre autres, ci-après, §§ 252 et suivants.

[19] ULPIEN, Fr. 25, pr. D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. « Actionum genera sunt duo : in rem, quæ dicitur vindicatio, et in personam, quæ condictio appellatur. » — (GAIUS, IV, 5. 18) § 15, I., *de actionibus* 4, 6. « Appellamus... in personam actiones, quibus dare facere oportere intenditur *condictiones* : *condicere* enim est *denuntiare* prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. » — Cette proposition doit cependant être restreinte par la considération que la *condictio* 1° ne s'appliquait qu'aux obligations unilatérales ; 2° ne pouvait, en

toujours *condictio* par excellence le cas originaire, dans lequel on réclamait le payement d'une somme d'argent, en lui opposant les extensions, tant *certi* que *incerti*, sous le nom de *condictiones triticariæ*, dénomination qui provient probablement de ce que la première application extensive de cette procédure avait été faite aux céréales [20].

Enfin il nous reste à mentionner les interdits, qui anciennement différaient des autres actions personnelles par des particularités de procédure. Dans le droit nouveau, cette différence a disparu, et ils ressemblent entièrement aux *actiones in factum* [21].

§ 195. *Des actions ou obligations de droit strict et de bonne foi.*

Dans le titre général des Actions, nous avons cherché à démontrer que c'est l'objet de la demande qui forme la base de la division que nous allons aborder dans ce paragraphe. Quand l'*intentio* et la *condemnatio* portaient un *certum*, l'action était jugée avec la rigueur du *iudicium*, et s'appelait de droit strict, *actio stricti iuris;* quand, au contraire, il pouvait y avoir lieu à apprécier la nature et l'étendue de la condamnation à intervenir, le juge avait un pouvoir plus ou moins arbitraire dans l'appréciation et l'évaluation des droits respectifs des parties. Dans ce dernier cas, la procédure était appelée *arbitrium*, et quand il s'agissait d'une obligation résultant d'un contrat ou d'un autre rapport analogue du *ius civile*, on disait que les contestations entre les parties devaient être jugées selon la bonne foi, *bonæ fidei actiones* [1].

Du temps des *legis actiones*, le *sacramentum* et la *condictio* constituaient des *iudicia* proprement dits, des *actiones stricti iuris*. Sous le système formulaire, la plupart des contestations qui auparavant avaient nécessité le *sacramentum*, furent transformées en actions arbitraires [1], et le domaine du droit strict se trouva presque entièrement circonscrit dans le cadre

général, servir à répéter sa propre chose « quia quod nostrum est, amplius nostrum fieri (i. e. nobis dari) non potest. » Gaius, IV, 5. — § 14, 1., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 1, § 1, D., *de condict. triticaria*, à la note suivante. Cf. ci-après, § 269, I. Il est vrai que ces deux particularités n'exercent dans le droit nouveau aucune influence sur la nature et sur l'effet de l'action.

[20] Ou peut-être en général aux choses fongibles que les Romains considéraient comme offrant le plus d'analogie avec l'argent monnayé : *triticum, vinum, oleum*. Cf. ci-dessus, t. I, § 28. — *Voy.*, au reste, le tit. D., *de condictione triticaria* 13, 3, et surtout le Fr. 1, D., *eodem*. « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petatur;* qui autem alias res, per *triticariam condictionem* petit. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quæ sint præter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constant, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit : sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque prædiorum. 1. Rem autem suam per hanc actionem nemo petit, nisi ex causis ex quibus potest : veluti ex causa furtiva, vel vi mobili abrepta. »

[21] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 71.

[1] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 51, II.

des *condictiones*. La procédure *per condictionem* avait été créée par la loi *Silia* précisément pour le cas où l'objet de la demande est ce qu'il y a de plus déterminé, *pecunia certa*, et où le juge, sans avoir besoin de faire aucune évaluation, doit se borner à examiner si la somme demandée est due ou n'est point due. L'alternative étant aussi nettement posée, il est évident que le jugement devait se faire d'après la rigueur du droit. Plus tard, la même procédure *per condictionem* fut appliquée par la loi *Calpurnia* à toutes *res certæ*, et ces cas furent également jugés d'après le droit strict [2]. La jurisprudence, cherchant à définir le sens du mot *res certa*, en étendit peu à peu le domaine. Nous avons des fragments de Gaius et d'Ulpien qui nous apprennent qu'on doit considérer comme *certum*, *id quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale quantumque sit* [3]. Cette définition laisse évidemment à désirer, et il paraît que, pendant un certain temps, il régnait chez les jurisconsultes quelque incertitude à cet égard. Cependant, en analysant les diverses hypothèses énumérées dans nos sources, nous trouvons représentées comme *certæ* : l'obligation de donner une somme déterminée en argent monnayé [4]; celle de donner une somme déterminée de choses fongibles qui ont un cours fixe, de manière qu'à tout moment la valeur en puisse être estimée en argent monnayé [5]; enfin celle de donner une *species* individuellement déterminée [6]. Les autres obligations de donner, ainsi que celles de faire, sont toutes *incertæ* [7].

Tant que l'usage des condictions était restreint aux *res certæ*, on pou-

[2] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 43, n° 3. Cf. § 51, note 12.

[3] Gaius, Fr. 74, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Ulpien, Fr. 75, pr. D., *eodem.* — *Voy.* aussi Paul, Fr. 6, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[4] C'est là le cas originaire de la loi Silia : *pecunia certa*, ou comme dit la lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. « ... pecunia signata forma populi romani. »

[5] Fr. 75, § 1. 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Ergo, si quis .. vinum frumentumve *sine qualitate* dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. 2. Usque adeo, ut, si quis ita stipulatus sit : *tritici Africi boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum*, incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest... At cum *optimum* quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet; quæ res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit. » — On peut encore voir le Fr. 74, D., *eodem*, cité à la note 3, et beaucoup d'autres passages analogues.

[6] Fr. 74, D., *de verb. obl.* 45, 1, cité ci-dessus, note 3. « Fundus Tusculanus, homo Stichus. » — Fr. 75, § 5, D., *eodem.* « Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum, *quod in horreo est*, stipulatur, certum stipulari intelligitur. » — Fr. 75, § 9. 10, D., *eodem*, etc., etc. — Sur les obligations alternatives et *generis*, *voy.* Fr. 75, § 8, D., *eodem.* « ... Is qui sibi electionem constituit... potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere ; qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. » Cf. Iavolenus, Fr. 106, D., *eodem.* — Pomponius, Fr. 112, pr. D., *eodem.* — Paul, Fr. 34, § 6, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[7] *Voy.* les textes cités dans les notes précédentes, auxquels on peut ajouter § 7, I., *de verb. obl.* 3, 15. — Fr. 3, D., *si quis cautionibus* 2, 5, et surtout Fr. 75, § 1-9, D., *de verb. obl.* 45, 1. « 3. Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem

vait dire que toute *condictio* était une *stricti iuris actio;* mais les *condictiones incerti* n'appartenaient évidemment pas à cette catégorie [8]. Nous lisons, au reste, qu'il dépendait du demandeur de donner à l'action qu'il voulait intenter le caractère du *strictum iudicium,* en estimant à une somme d'argent l'objet de sa demande [9]. Seulement, dans ce cas, en profitant des avantages de la procédure rigoureuse, il s'exposait aux

deduxisse... 4... Si quis *id quod ex Arethusa ancilla natum erit* aut *fructus qui in fundo Tusculano nati erunt* dari sibi stipulatus est... manifestissimum est, incertam esse hanc stipulationem. 6. Qui vero a Titio ita stipulatur. *Quod mihi Seius debet, dare spondes...* incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat... 7. Qui id, quod in faciendo aut non faciendo, stipulatur, incertum stipulari videtur... 9. Qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur : et tot stipulationes sunt, quot res sunt. » — *Voy.* encore ci-après, note 24.

[8] *Voy.* ci-après, note 24, et § 246, notes 3 et suivantes et ci-dessus, t. I, § 51, notes 13. 14.

[9] Ulpien, Fr. 9, pr. § 1. 3, D., *de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione* 12, 1. « Certi condictio competit *ex omni causa, ex omni obligatione,* ex qua certum petitur : sive ex certo contractu, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio : ceterum, si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere. 1. Competit hæc actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia; sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex senatusconsulto agatur, competit hæc actio : veluti, si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. 3. Quoniam igitur *ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit,* sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive coniunctim... » — Cette proposition d'Ulpien est commentée et développée par la seconde scolie de Stephanus *ad Basilica,* XXIII, 1. 9, pr. (t. II, p. 596 Heimbach. – t. III, p. 249 Fabrot). « ... Dici autem potest, in stipulationibus quæ in faciendo consistunt posse quem, æstimatione per se facta quod interest, certum condicere. Observa enim quomodo lex indistincte dicat : *ex omni contractu licet nobis certum condicere.* Theophilus tamen beatæ memoriæ ait « nec pro stipula- « tione quæ in faciendo consistit, nec pro actione ex emto qua emtor uti potest, condictionem « (certi) intendi posse, quatenus stipulatio quæ in faciendo consistit incerta est.... In actione « autem ex emto emtor non recte dicit : *si paret dare.* Neque enim venditor necesse habet « emtorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur et evictionis nomine « duplam promittere. » Hæc, ut dixi, Theophilus beatæ memoriæ. Manifestum autem est eum qui factum stipulatus est, non posse specialiter factum ipsum per condictionem (certi) petere, neque enim emtor rem ipsam, vel quod interest rem habere, per condictionem a venditore petit. Si tamen utrumque æstimaverit, recte certi condictionem intendit. Generaliter enim et indistincte Ulpianus ait ex omni contractu certo et incerto posse nos certi condictione agere. Ceterum in plus petitionis periculum incidit tam qui factum stipulatus est quam emtor. » *Voy.* encore le même, *scolies* 6. 7. 8 *ad h. l.* (Heimbach, p. 596. – Fabrot, p. 250), et Cyrille, *scolie ad h. l.* (p. 595 Heimbach ; – p. 248 Fabrot). « ..... Itaque non solum ex quadriga contractuum (re, verbis, litteris, consensu) certi condictio competit, sed ex quadriga etiam delictorum... » — Il paraît que, du temps de la république, on usait fréquemment de la faculté d'intenter la *condictio certi* au lieu de l'action attachée au contrat qui avait donné lieu à l'obligation. Cic., *pro Roscio comœdo,* 4. Si nous pouvons prendre à la lettre le passage suivant du chapitre 4 *cité :* « Quis umquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit, » il paraît peu probable qu'un vendeur, un bailleur, un mandant, un associé, qui était certain de son droit et était à même d'en estimer la valeur d'une manière certaine, aurait préféré l'action du contrat. Cf. Sénèque, *de beneficiis,* III, 7, ci-après, note 11. Dans nos sources, les actions nommées (de bonne foi) ont gagné du terrain ; cependant nous trouvons encore des exemples du concours électif consacré par le passage cité d'Ulpien et par la scolie de Stephanus : Fr. 28, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2. « Exceptio iurisiurandi, non tantum si ea actione quis utatur cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet; sed etiam si alia, si modo eadem quæstio in hoc iudicium deducatur : forte, si ob actionem mandati, negotiorum

peines de la *plus petitio* [10], et subissait, de plus, les inconvénients qui résultaient de la nature particulière des actions de droit strict. On jugera des avantages et des inconvénients de cette procédure par l'exposé suivant des différences qui existent entre elle et celle de bonne foi, par rapport aux effets, différences qui découlent toutes plus ou moins directement de la nature de l'objet de la demande [11].

1° De ce que, dans les *stricti iuris actiones*, l'objet de la demande doit être et demeurer *certum* dès le moment de l'action engagée, il résulte qu'en cas d'inexécution, les dommages et intérêts y sont fixés par la valeur que la chose avait au moment de la *litis contestatio*, tandis que, dans les actions de bonne foi, le juge peut et doit même, dans l'intérêt du créancier, tenir compte des variations de prix que la chose a pu éprouver depuis le moment où la prestation aurait dû se faire jusqu'au jour du juge-

gestorum, societatis ceterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur. » — Fr. 17, § 5, D., *de institoria actione* 14, 3. Cf. § 8, I., *quod cum eo* 4, 7, et Fr. 29, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 34, D., *mandati* 17, 1. Cf. Fr. 52, D., *eodem.* — Fr. 45-50, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 17, § 2, D., *rerum amotarum* 25, 2. — Fr. 5, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — Fr. 5, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2. — Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 72, pr. *verbis* Celsus tamen, D., *de verb. obl.* 45. 1, ci-dessus, § 192, note 15. — Quelque chose d'analogue peut, au reste, se présenter dans nos législations modernes. Cf. ci-après, note 11 *in fine*.

[10] Stephanus, cité à la note précédente, *in fine*. Peut-être pouvait-on éviter cet inconvénient, en procédant à l'évaluation contradictoirement *in iure* ou en la faisant faire par le préteur. Ce procédé se rencontre chez Gaius, III, 224 ; Paul, *Collatio legum Mos.* II, 6, 1-3; Ulpien, *ibidem*, II. 2, 2, et Fr. 2 in f. D., *de feriis* 2, 12. Il est vrai que dans ces passages il s'agit de l'*actio iniuriarum*, matière exceptionnelle (ci-après, § 272, notes 7. 8); mais chez Ulpien, *Coll. legum Mos.* XII, 7. 6, le même procédé est appliqué à l'*actio legis Aquiliæ*, et le Fr. 2, D., *de feriis*, cité ci-dessus, parle d'une *fideicommissaria libertas præstanda*, à évaluer par le préteur.

[11] Sénèque le philosophe semble croire, à la vérité, que le *strictum iudicium* est toujours préférable, et cette manière de voir est reproduite fréquemment dans nos sources à propos de la *stipulatio pœnæ* (ci-après, § 246 et § 258, notes 3, 4). Sénèque, *de beneficiis*, III, 7. « ..... Ideo melior videtur condicio causæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur : quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest, et adiicere, et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere... » Mais cette proposition est trop absolue. Sénèque n'envisage qu'un seul côté de la question, et ce qu'il donne comme le grand avantage du *strictum iudicium* peut, suivant les circonstances, constituer un grand inconvénient. — Au reste, en dehors des avantages indiqués par le philosophe, le *strictum iudicium* en peut encore présenter d'autres, même de nos jours : la procédure plus expéditive, la facilité de la preuve, etc. Supposons une société en commandite, administrée par des gérants infidèles d'une manière assez désastreuse pour amener une liquidation qui réduit la valeur des actions à zéro. Les actionnaires pourront intenter l'*actio pro socio* à l'effet d'obtenir l'indemnité à laquelle ils ont droit. Mais ce serait une procédure sans fin et pleine d'incidents et de complications impossibles à prévoir; les administrateurs ont d'ailleurs été assez habiles pour faire approuver leur gestion tous les ans par l'assemblée générale. Heureusement, un article des statuts porte que la société sera dissoute de plein droit au cas que le capital social se trouve réduit à un tiers. Peut-être les gérants doivent-ils en réalité plus que ce tiers ; mais en présence des difficultés que présente l'action de société, les actionnaires préfèrent se contenter du tiers et invoquent ledit article : en d'autres termes, ils préfèrent la *condictio certi* à l'*arbitrium pro socio*.

ment[12]. C'est par le même motif, 2° que la demeure du débiteur n'influe point sur le montant de la condamnation dans les actions de droit strict, tandis qu'elle astreint le débiteur dans les obligations de bonne foi à restituer les fruits et à payer les intérêts moratoires[13]; et 3° que le *iusiurandum in litem* n'était d'abord point admis dans les *iudicia* proprement dits. En effet, il ne peut y avoir lieu à estimation quand la somme réclamée est déterminée d'avance. Cependant, lorsqu'on eut commencé à considérer comme *res certa* tout objet individuellement déterminé, il fallait bien, en cas de besoin, y appliquer également le *iusiurandum in litem*[14]. 4° Dans les obligations de droit strict, on ne peut insérer des conventions particulières ayant pour but de faire subir éventuellement des modifications quelconques aux prestations à faire par le débiteur, tandis que rien ne s'oppose à ce que l'on introduise des modifications de cette nature dans les contrats de bonne foi, auxquels on peut ajouter des pactes quelconques, *pacta adiecta*, pourvu qu'on ne détruise point l'essence de l'obligation principale[15]. 5° Comme dans les actions de bonne foi, le juge avait pour mission d'agir *ut inter bonos agier oportet*, c'est-à-dire de se conformer à l'équité et à l'usage[16], il pouvait tenir compte de tous les moyens de droit et de fait que les parties produisaient devant lui. Pour agir ainsi, il n'avait besoin d'aucune autorisation spéciale : la nature de l'action impliquait virtuellement ce pouvoir discrétionnaire, ou, comme on disait : *bonæ fidei iudicio exceptiones pacti et doli insunt*[17]. Dans les *iudicia* pro-

[12] *Voy.* ci-dessus, § 180, note 11. Aux passages cités dans cet endroit, on peut ajouter Fr. 37, D., *mandati* 17, 1 et Fr. 22, D., *de rebus creditis* 12, 1. Ce dernier fragment, qui commence par le mot *Vinum* (de là Lex Vinum) est compté parmi les *leges damnatæ* du Digeste (ci-dessus, § 182, note 6). Il ne présente cependant aucune difficulté sérieuse ; car il ne fait qu'appliquer la règle générale admise dans les *stricta iudicia*, sauf dans le cas où un jour a été fixé pour la prestation : dans ce cas, en effet, c'est la valeur de ce jour qui est due.

[13] Pour les *actiones bonæ fidei*, ci-dessus, § 180, notes 7-10 ; § 182, notes 12. 13. Aux textes qui y sont cités, on peut ajouter : Fr. 15, pr. Fr. 65, § 5, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 8, § 2, D., *de condict. furtiva* 13, 1. —Fr. 1, § 23. 24, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 32, § 2. Fr. 34, D., *de usuris* 22, 1. Pour les *actiones stricti iuris* : Fr. 38, § 7, D., *de usuris* 22, 1. — L. 1, C., *de condict. indebiti* 4, 5. « .... Usuras autem eius summæ præstari tibi frustra desideras : actione enim condicticia ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est. » — L. 4, C., *de condict. ob turpem causam* 4, 7. — Nous aurons, au reste, à revenir sur cette question, ci-après, notes 29 31; § 246, Observation; §§ 276. 277, et t. III, § 423, b.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 176 *in fine*.

[15] Fr. 7, § 5. 6, D., *de pactis* 2, 14, et ci-après, § 249.

[16] Cic., *topica*, 17 (16); *partit. orat.*, 37; *pro Roscio comœdo*, 4; *de officiis*, III, 15. 16. 17; *ad familiares*, VII, 12. — Sénèque, *de clementia*, II, 7; *de beneficiis*, III, 7. — Gaius, IV, 61. 63. — Fr. 7, D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 31, D., *depositi* 16, 3. « Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat... » — Fr. 29, § 4, D, *mandati* 17, 1. « ... De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare... » — Fr. 31, § 20, D., *de Ædilcio edicto* 21, 1. « Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire. »

[17] In sunt, c'est-à-dire que l'autorisation de tenir compte de tous les moyens de défense se

prement dits, au contraire, le juge ne pouvait s'arrêter aux exceptions produites que si ces moyens de défense avaient été préalablement admis par le prêteur et expressément insérés dans la formule [18]. 6° Enfin, dans les *bonæ fidei obligationes*, on peut, même avant l'échéance, agir en justice, afin d'obtenir caution pour le payement à faire, faculté qui n'est point accordée au créancier d'un *certum* [19].

Il nous reste à indiquer les actions qui appartiennent aux deux catégories dont nous avons fait connaître le caractère. Cette tâche est facile pour les *iudicia stricti iuris*. Cette qualification, en effet, appartient exclusivement aux actions par lesquelles nous poursuivons la *datio* d'un *certum* [20], et qui supposent toutes comme fondement une obligation essentiellement unilatérale [21]. La catégorie des *actiones bonæ fidei* embrasse des espèces plus variées. Cicéron, Gaius et Justinien en énumèrent un certain nombre [22]. Ces énumérations ne s'accordent pas tout à fait, ce qui s'explique aisément, parce qu'elles datent d'époques différentes. Mais, de plus, il est bien certain qu'aucune d'elles ne peut être considérée comme limitative. En combinant les divers textes qui s'occupent de notre matière, nous arrivons à la conclusion que les Romains considéraient comme appartenant au domaine de la bonne foi tous les rapports qui renferment des obligations réciproques ou qui, tout au moins, sont susceptibles d'en

trouve virtuellement dans toute formule de bonne foi : elle n'a pas besoin d'y être insérée spécialement, ci-après, § 202, note 18.

[18] Sénèque, *de beneficiis*, III, 7, ci-dessus, note 11. — Le même, *de clementia*, II, 7. « Clementia liberum *arbitrium* habet : non *sub formula*, sed ex æquo et bono iudicat. Et absolvere illi licet et, quanti vult, æstimare litem. » — Gaius, IV, 63. — § 30, *verbis* Sed et 1., *de actionibus* 4, 6, et Théophile *ad h. l.* — Arg. Fr. 8, D., *de condictione ob turpem causam* 12, 5, combiné avec Fr. 5, D., *de usuris* 22, 1.

[19] Fr. 9, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. « ... Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio. Ceterum, si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere. » — Fr. 41, D., *de iudiciis* 5, 1. « In omnibus bonæ fidei iudiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem ex iusta causa condemnatio fit. » — Fr. 38, pr. D., *pro socio* 17, 2. « Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno, vel lucro pendente ex societate. Quod Sabinus in omnibus bonæ fidei iudiciis existimavit. » *Voy.* aussi ci-après, § 205, I, A, 2.

[20] En d'autres termes, aux *condictiones certi*. Nous avons fait connaître, ci-dessus, aux notes 3 à 7, ce qu'il faut entendre par *certum*. Nous aurons, au reste, à revenir sur cette question quand nous traiterons des *stipulationes*. *Voy.* ci-après, § 246.

[21] *Voy.* ci-après, note 23.

[22] Cic., *de officiis*, III, 17. « Fideique bonæ nomen existimabat manare latissime (Q. Scævola), idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur : in his magni esse iudicis statuere (præsertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique præstare oporteret. » — Gaius, IV, 62. « Sunt autem bonæ fidei iudicia hæc : ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ... » — § 28, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Bonæ fidei sunt hæ : ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoraticia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio. » — § 29, I., *eodem*.

produire [23]; ce qui naturellement n'a lieu que dans les cas où l'obligation doit son origine à une convention entre parties ou à des faits analogues [24]. Dans ces hypothèses, en effet, l'objet de la demande est toujours forcément un *incertum*, puisque l'étendue, et même l'existence de notre obligation, est déterminée par la manière dont la partie adverse exécute la prestation qui lui incombe [25].

Ces différences qui, pendant longtemps, avaient maintenu une séparation si marquée entre les deux catégories d'actions, s'effacèrent à la longue, et il est tout naturel que les principes qui dominaient les *actiones bonæ fidei* aient fini par prévaloir. Déjà à une époque fort reculée, les *actiones arbitrariæ,* parmi lesquelles se trouvent les actions réelles les plus importantes, étaient forcément sous le régime de l'*arbitrium* dans la partie de la formule qui autorisait le juge à évaluer la somme à payer par le défendeur, au cas qu'il ne préviendrait pas la condamnation par une exécution volontaire [26]; les actions prétoriennes et toutes les *in factum actiones* ne sauraient être imaginées sans *arbitrium* [27], et nous voyons l'empereur Justinien expressément attribuer le caractère et le nom d'*actiones bonæ fidei* à l'action en restitution de dot et à la pétition d'hérédité [28] Enfin les principes de la *bona fides* envahissent même le domaine des *stricta iudicia,* au point de ne leur laisser guère, dans le droit nouveau, d'autres particularités que celles que nous avons indiquées ci-dessus sous les n°s 2 et 3 : encore ces particularités sont-elles singulièrement affaiblies dans le dernier état de la jurisprudence romaine.

Observation. La théorie que nous avons exposée dans le paragraphe qui précède est basée sur ce que le *certum* constitue la condition essentielle et en même temps le caractère distinctif des *stricti iuris actiones.* Cette opinion, que nous avons déjà essayé d'établir dans la partie générale des Actions, n'est guère partagée par les jurisconsultes modernes, qui cherchent généralement le caractère distinctif de ces actions, non pas

[23] Cic., *de officiis,* III, 17. — Gaius, III, 137 (Fr. 2, § 3, D., *de obl. et act.* 44, 7). « Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet... » — Le même, III, 155.

[24] Les faits unilatéraux, en effet, à l'exception de ceux que l'on comprend sous le nom de *quasi-contrats,* n'engendrent d'obligation qu'à la charge de la partie qui les commet.

[25] Et cela alors même que la convention porterait un *certum.* Ainsi, bien que l'acheteur promette à titre de prix d'achat une somme d'argent déterminée, *pretium certum,* le *quantum* de son obligation peut être augmenté ou diminué, si le vendeur a dû faire des dépenses pour la conservation de la chose ou si, par la faute du vendeur, la chose n'est pas livrée telle qu'elle doit être. *Voy.* ci après, § 201, note 8; § 211, notes 8 et suivantes ; § 213, n° 3, B.

[26] *Voy.* t. I, § 51, notes 15-17; § 118, note 24; § 119, notes 4. 7; § 121, note 12; § 136, note 15; § 166, C.

[27] *Voy.*, entre autres, ce que nous dirons, ci-après, sur l'*actio præscriptis verbis* dans les contrats innommés, § 243.

[28] L. un., §§ 2 sqq. C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. Cf. § 28. 29, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 12 in f., C., *de hereditatis petitione* 3, 31. — *Voy.* ci-après, t. III, § 312 et § 408.

dans l'objet de la demande, mais dans la nature particulière du lien obligatoire sur lequel elle est fondée. Notamment on a l'habitude de dire que toutes les *condictiones* et toutes les actions résultant de stipulations sont *stricti iuris*. La première partie de cette proposition ne résiste pas à un examen quelque peu sérieux. La rédaction de la formule dans les *condictiones incerti* : QUIDQUID DARE FACERE OPORTET attribuait, en effet, nécessairement au juge le pouvoir d'apprécier et d'évaluer : or, l'idée de l'*actio stricti iuris* exclut tout pouvoir arbitraire du juge. Les textes qui traitent des *condictiones incerti* prouvent d'ailleurs de la manière la plus évidente qu'elles n'ont pu être jugées d'après le droit strict [29], et cette vérité sera rendue encore plus évidente quand nous entreprendrons de réfuter la seconde erreur, d'après laquelle toute stipulation ferait inévitablement naître une action de droit strict [30]. De nouvelles preuves à l'appui de notre thèse résultent de l'examen des *condictiones* tendant à obtenir la restitution de choses indûment reçues et à l'exécution d'un legs [31].

[29] Ainsi la *condictio* en exécution d'un legs, ayant pour objet un *incertum*, faisait obtenir les fruits de la chose léguée. GAIUS, II, 280, et ci-après, t. III, § 111. Les Fr. 3 et 4, D., *de condictione triticaria* 13, 3, prouvent évidemment que cette action était jugée d'après les règles des actions de bonne foi ou d'après le droit strict, selon que l'objet de la prestation était un *certum* ou un *incertum*, et la L. 1, C., *de condict. indebiti* 4, 5, combinée avec les Fr. 15. Fr. 65, § 4. 5. 8. D., *eodem* 12, 6, et Fr. 38, § 2, D., *de usuris* 22, 1, établissent la même chose pour la *condictio indebiti*. *Voy.* aussi Fr. 50, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. « Quæ fundum in dote habebat, divortio facto, cum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, *uti decem in dotem acciperet et fundum sibi restitueret;* ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit : Illud ex *bona fide* est, et negotio contracto convenit ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse cœperit, *condicatur*. » — Fr. 59, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[30] Ci-après, § 246, OBSERVATION.

[31] Ci-après, §§ 276. 277, et t. III, § 423, B.

TITRE DEUXIÈME.

COMMENT LES OBLIGATIONS NAISSENT.

APERÇU GÉNÉRAL.

§ 196.

Nous ne pouvons, en général, être obligé que par un acte qui émane de notre volonté. Cet acte peut être une convention qui soumet notre volonté à celle de la personne envers laquelle nous entendons nous obliger ou bien un acte émané de nous seul et qui porte atteinte aux droits d'un autre, envers lequel nous devenons obligé par suite de la lésion dont nous nous rendons coupable. Cependant, en dehors de ces cas, la loi a créé des obligations qui résultent d'un certain ordre de faits qu'on ne peut classer dans aucune des deux catégories mentionnées. En analysant ces derniers cas, les Romains ont cru remarquer que quelques-uns d'entre eux présentaient de l'analogie avec la première catégorie, tandis que d'autres approchaient davantage des espèces contenues dans la seconde. Cette analyse est juste, mais la division qu'elle a fait naître n'épuise pas toute la matière, et il nous reste toujours un certain nombre d'obligations qu'il est difficile de classer [1]. D'après ces observations, nous aurons à examiner les divers cas d'obligation dans l'ordre suivant :

I. Obligations qui naissent de conventions entre les parties [2], § 197-266.

II. Obligations qui naissent d'un délit commis par le débiteur, § 267-272.

III. Obligations qui naissent de diverses causes, *ex variis causarum figuris*, § 273-286.

a) Comme d'une convention, *quasi ex contractu*.

b) Comme d'un délit, *quasi ex delicto*.

c) De diverses autres causes, non comprises dans l'énumération qui précède.

[1] Fr. 1, pr. D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. « Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. » — § 2, I., *de obligationibus* 3, 14. « Sequens divisio in quatuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. » — Une autre division fort embrouillée est donnée par Modestin, Fr. 52, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[2] On verra ci-après, § 197, note 1 et § 207, pourquoi nous avons remplacé le mot *contractus*, employé dans les passages cités à la note précédente, par le terme plus large de *convention*.

SECTION PREMIÈRE.

DES CONVENTIONS.

INTRODUCTION.

RÈGLES GÉNÉRALES.

Notion et espèces.

§ 197.

On entend par convention, *conventio*, *pactum*, *pactio*, le concours des volontés de deux ou plusieurs personnes sur un point quelconque [1]. Le droit ne s'occupe des conventions qu'en tant qu'elles sont des actes juridiques, c'est-à-dire des manifestations de la volonté ayant pour objet de créer ou d'éteindre des droits. Nous en avons déjà parlé d'une manière générale dans le livre premier [2]; il nous reste à exposer ici les règles qui sont propres aux conventions ayant pour but de créer un droit d'obligation [3].

Sous ce rapport, on distingue les conventions unilatérales et bilatérales [4] ou synallagmatiques [5], selon qu'elles imposent une obliga-

[1] Fr. 1, § 2. 3, D., *de pactis* 2, 14. « 2. Est autem *pactio* duorum pluriumve in idem placitum consensus. 3. *Conventionis* verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt... Adeo autem conventionis nomen generale est, ut elegantur dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. » — Fr. 3, pr. D., *de pollicitationibus* 50, 12. « Pactum est duorum consensus atque conventio... »

[2] *Voy.* ci-dessus, t. 1, §§ 32-37.

[3] Bien que nous ne nous occupions ici des conventions qu'en tant qu'elles ont pour but de créer un droit d'obligation, la plupart des règles que nous aurons à exposer s'appliquent à toutes les conventions et particulièrement à celles qui ont pour but d'éteindre un droit d'obligation.

[4] Il faut se garder de confondre cette division avec celle des actes juridiques que nous avons donnée ci-dessus, t. 1, § 32, et dont les termes sont identiques. Toute convention est un *acte bilatéral*, parce qu'elle exige le concours de deux personnes; mais on appelle *convention unilatérale* celle qui a pour but de ne faire naître d'obligation qu'à charge de l'une des deux personnes intervenantes.

[5] L'adjectif *synallagmatique* ne se rencontre pas dans nos sources, mais le substantif d'où il dérive est employé par les jurisconsultes classiques pour indiquer le lien obligatoire qui contient des prestations réciproques. Fr. 19, D., *de verb. signif.* 50, 16. « (Labeo definit esse) contractum... ultro citroque obligationem, quod Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem. » — Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14, ci-après, § 207, note 4.

tion à l'une des parties seulement, ou que les deux parties contractent des obligations réciproques. Dans ces dernières, chaque contractant est à la fois créancier et débiteur, mais pour des prestations différentes, et l'on pourrait dire à la rigueur qu'une obligation synallagmatique contient deux obligations distinctes réunies en une seule convention [6]. Il s'ensuit que les conventions de ce genre doivent toujours donner lieu à deux actions pour garantir les deux obligations qui y sont renfermées. Ainsi le contrat de vente donne une action au vendeur pour demander le payement du prix de vente, *actio venditi*, et une action à l'acheteur pour demander la livraison de la chose vendue et l'exécution des obligations y relatives, *actio emti* [7]. Les conventions unilatérales, ne contenant qu'une seule obligation, ne demandent qu'une seule action. Cependant, il se peut que le débiteur, en faisant la prestation à laquelle il est tenu, soit entraîné accidentellement à subir des pertes ou à faire des frais dont le créancier doit lui tenir compte. Pour ce cas, l'équité exige qu'il puisse forcer ce dernier à le dédommager, et la loi lui accorde une action à cet effet ; mais cette action n'est qu'une suite accidentelle de faits extrinsèques et non pas une conséquence directe de l'obligation primitive. C'est pour cette raison qu'on la distingue de l'action qui résulte directement et nécessairement de la convention, et qu'on l'appelle *contraria*, en opposition à cette dernière, appelée *directa* [8]. Ainsi le dépositaire, par cela seul qu'il a reçu le dépôt, est nécessairement tenu de le restituer, et le déposant a de ce chef contre lui une *actio depositi* qu'on qualifie de *directa*, parce qu'elle résulte directement et nécessairement du contrat de dépôt. Mais éventuellement il peut arriver que par des faits, survenant après le contrat, mais par suite de l'exécution qu'il reçoit, le déposant devienne à son tour obligé envers le déposant, par exemple, si ce dernier a dû faire des impenses pour la conservation de la chose déposée. L'équité exige que ces frais soient remboursés, et à cet effet, le dépositaire peut intenter une action qui tire également son nom du dépôt à qui elle doit son origine, mais qu'on appelle *actio depositi contraria* pour indiquer qu'elle ne dérive pas nécessairement du contrat et qu'elle est plutôt la contre-partie de l'action directe. La possibilité de ces actions contraires se rencontre dans la plupart des conventions qui ont pour but de créer des obligations unilatérales ; il en est pourtant qui, au moins en droit

[6] Mais *voy.* ci-après, § 246 et 257, note 2.

[7] Aussi, dans les cas les plus usuels, les Romains désignaient-ils ces conventions par deux noms différents joints ensemble : *Emtio venditio, locatio conductio,* ancienne forme pour *emtio et venditio, locatio et conductio.*

[8] § 2. I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. – Fr. 17, § 1. Fr. 18, § 4 in f., D., *commodati* 13, 6. — On dit aussi *contrarium iudicium, contrario agere.* Fr. 8, § 2, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 18, § 4, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 1, § 8, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4.

romain, n'y donnent jamais lieu [9]. Quelques auteurs modernes ont l'habitude de réserver le nom de conventions unilatérales à ces dernières exclusivement, en qualifiant celles qui peuvent donner lieu à une action contraire, de conventions imparfaitement synallagmatiques ou bilatérales inégales, *bilaterales inæquales* * [10].

En dehors de cette division fondamentale, il en est d'autres qui n'exigent point d'explication particulière : conventions à titre onéreux et à titre gratuit ; *negotia stricti iuris* et *bonæ fidei ;* conventions principales et accessoires; conventions aléatoires, etc. [11].

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

§ 198. *Conditions relatives aux parties contractantes.*

En général, toute personne est capable de créer une obligation par convention, sauf les exceptions suivantes : 1° Les personnes qui n'ont pas de volonté sont incapables de contracter, savoir : les enfants, les fous, les furieux en dehors des intervalles lucides, et les prodigues que la loi assimile aux furieux [1]. La même incapacité frappe momentanément ceux qui sont dans un accès de colère tel, qu'ils se trouvent privés de l'usage de la raison [2]. 2° Les pupilles sortis d'enfance ne sont pas absolument incapables de contracter, mais ils ne peuvent *s'obliger* par convention

[9] Il en est ainsi de l'obligation qui se contracte par stipulation, *verbis*, et de l'ancienne *litterarum obligatio*. *Voy.* ci-après, §§ 246-248. — Le prêt de consommation, *mutuum*, constitue également une obligation essentiellement unilatérale. Cependant on pourrait imaginer des hypothèses dans lesquelles une action contraire paraîtrait possible, par exemple, si le prêteur avait prêté de l'avoine empoisonnée qui aurait donné la mort aux chevaux de l'emprunteur. Mais la bizarrerie de l'exemple explique suffisamment pourquoi les Romains n'ont tenu aucun compte de ces possibilités anomales, d'autant plus que, dans ces hypothèses, la personne lésée dispose d'autres moyens pour se faire indemniser. Ci-après, § 243, note 13.

[10] Cette terminologie est moins exacte, au point de vue logique, que celle que nous avons exposée ci-dessus ; mais comme elle paraît autorisée par des textes (Pr. I., *de auctoritate tutorum* 1, 21. — Fr. 17, § 3, D., *commodati* 13, 6), elle est assez usitée dans les ouvrages modernes.

[11] La division en conventions à titre gratuit et à titre onéreux n'est pas identique avec celle en conventions unilatérales et bilatérales. Une convention unilatérale peut être à titre onéreux, par exemple, un prêt d'argent à intérêt. — Pour la division en *negotia stricti iuris* et *bonæ fidei*, *voy.* ci-dessus, § 195 ; pour les conventions accessoires, ci-après, §§ 241. 242. 258-265 ; pour les conventions commutatives et aléatoires, ci-après, § 209, A et § 266.

[1] Gaius, III, 106-108.—§ 8. 9. 10, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19, et Théophile *ad h. l.*—Fr. 1, § 12. 13, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 70, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 5. 40, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. ci-dessus, t. I, § 12, notes 5. 6 ; § 19, n° 2, et ci-après, t. III, § 346 ; § 357, n°s 2. 3.

[2] Fr. 48, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse : ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur. » Ce que l'on dit, dans ce texte, de la colère s'applique à plus forte raison à l'ivresse.

sans l'intervention de leur tuteur [3]. 3° Il paraît évident que les esclaves, étant privés de la personnalité, ne peuvent s'obliger, ni acquérir un droit d'obligation. Poutant ce principe du *ius civile* est soumis à plusieurs modifications que nous ferons connaître ci-après quand nous traiterons de l'organisation de la famille romaine [4]. 4° C'est au même endroit que nous parlerons des restrictions de capacité auxquelles sont soumises les personnes libres sous puissance [5].

§ 199. *Conditions relatives à l'objet de la convention.*

Le but des conventions, en tant qu'elles nous occupent ici, est d'astreindre l'une des parties ou les deux parties à une prestation. Il faut donc avant tout que la convention tende à créer une obligation, un *vinculum iuris :* ce but ne serait évidemment pas atteint si la prestation dépendait de la bonne volonté de la partie à laquelle elle est imposée [1]. Les prestations mêmes, pourvu qu'elles soient obligatoires, peuvent varier à l'infini, et il est impossible d'en préciser la nature *a priori*. Pourtant il est certaines conditions que toute prestation doit réunir pour pouvoir être posée comme objet d'une obligation conventionnelle. Il faut, en effet : 1° que la prestation soit physiquement et légalement possible ; 2° qu'elle soit déterminée ou au moins susceptible de l'être ; 3° enfin il est nécessaire que celui qui se fait promettre la prestation y ait un intérêt.

1° Il faut que la prestation soit physiquement et légalement possible [2]. Il est d'abord évident que nous ne pouvons nous obliger à une prestation physiquement impossible, par exemple, à toucher le ciel du doigt, à donner à un autre une chose qui lui appartient déjà, à faire partiellement une prestation indivisible, à prester le fait d'un autre [3] ; pas plus que nous

[3] Gaius, III, 107 (§ 9, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19). — Pr. I., *de auctoritate tutorum* 1, 21. — Fr. 28 in f., D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 13, § 29, D., *emti* 19, 1. — Fr. 5, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Pour les détails, *voy.* ci-après, t. III, § 346.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 333.

[5] *Voy.* ci-après, t. III, § 330. Cf. § 338.

[1] Fr. 43, § 2, D., *de legatis I* (30). — Fr. 8, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Sub hac condicione, *si volam*, nulla fit obligatio : pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis. » — Fr. 17, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata stipulatione. » Cf. Fr. 7, pr. Fr. 35, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 46, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Illam autem stipulationem, *si volueris dare*, inutilem esse constat. » — Fr. 108, § 1, D., *eodem.* « Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit. » — L. 13, C., *de contract. emtione* 4, 38. — *Voy.* encore ci-après, n° 2 ; § 205, note 6 ; § 209, note 26 ; § 210, notes 11-12 ; § 218, note 14 ; § 226, n° 4, et t. III, § 418, notes 32 sqq.

[2] Fr. 185, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. » — Fr. 15, D., *de condicionibus institutionum*, ci-après, note 6. — Fr. 35, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Si stipulor, *ut id fiat quod natura fieri non concedit :* non magis obligatio consistit quam cum stipulor, *ut detur quod dari non potest*, nisi per quem stetit quominus facere id possit. » *Voy.* ci-dessus, t. I, § 34, note 5.

[3] *A*) Fr. 185, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. » — *B*) Gaius,

ne pouvons promettre un *genus* qui n'existe plus ou n'a jamais existé [4]. Il en est de même des choses qu'il est légalement impossible de donner ou de livrer, notamment des choses hors du commerce [5]. — Toute convention qui a pour objet un fait contraire aux lois et aux bonnes mœurs est absolument inefficace [6]. Sous ce rapport, il est à remarquer que les Romains considéraient comme contraire aux bonnes mœurs tout traité

III, 99. — *Vaticana fragm.* 293 « ... cum rei propriæ emtio non possit consistere. » — § 2. I., *de inutil. stipulat.* 3, 19.—§ 10, I., *de legatis* 2, 20.—§ 2, 3, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19,—§ 14, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Nec res quæ iam actoris est, magis eius fieri potest... » Fr. 16, pr. 18, pr. Fr. 39 D., *de contrah. emtione* 18, 1. « 18. Suæ rei emtio non valet, sive sciens, sive ignorans emi... » — Fr. 1, § 10, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 29, § 1. Fr. 82, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 45, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 4. 10, C., *de contrahenda emtione* 4, 38. Les Fr. 16, § 1. Fr. 34, § 4. Fr. 61, D., *de contrah. emtione* 18, 1. Fr. 28, D., *de adquirenda poss.* 41, 2, et Fr. 6, § 4, D., *de precario* 43, 26, ne sont point contraires (§ 209, note 22). — *C*) Fr. 72, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt... Harum enim divisio corrumpit stipulationem. » *Voy.* ci-dessus, § 192, note 27.—*D*) Fr. 38, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Nemo autem alienum factum promittendo obligatur... » *Voy.* ci-après, § 206, A.

[4] Gaius, III, 97.—Pr. § 1, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « Omnis res, quæ dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit. 1. At si quis rem *quæ in rerum natura non est, aut esse non potest,* dari stipulatus fuerit, veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. » — Fr. 8, pr. Fr. 15, pr. Fr. 44. 57, pr. § 1. Fr. 58, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 1. 7, D., *de hereditate vel actione vendita* 18, 4. — Fr. 1, § 9, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Au reste, les mots « une chose déterminée qui n'a jamais existé », que nous avons employés dans le texte, doivent être entendus raisonnablement. Ainsi des choses futures, quoique *n'existant pas encore,* par exemple, le poulain que porte une jument, la moisson de cette année, peuvent être l'objet d'une convention. *Voy.* ci-après, § 209, notes 16-20.

[5] Gaius, III, 97. — § 2, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « Idem iuris est (i. e. inutilis erit stipulatio), si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel *cuius commercium non habuerit,* vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest; sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio inutiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguetur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit : *Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?* et similia (cf. ci-après, note 12) : quia, quæ natura sui dominio nostro exemta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt. » — § 5, I., *de emtione et venditione* 3, 23. — Fr. 22. 23. 24. 34. § 1. Fr. 62, § 1. Fr. 73, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 1, § 9, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 34. 35, pr. Fr. 83, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 42, D., *de usurpationibus* 41, 3. — L. 2. 4, C., *de litigiosis* 8, 37. *Voy.* encore l'Observation 1, ajoutée au présent paragraphe.

[6] Paul, III, 4B, 2. — Fr. 45, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Privatorum conventio iuri publico non derogat. » — L. 6. 30, C., *de pactis* 2, 3. « VI. Pacta quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est. » — Fr. 15, D., *de condic. instit.* 28, 7. « ... Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, *nec facere nos posse* credendum est. » — Fr. 71, § 2, D., *de condic. et demonstr.* 35, 1. « ... Non esse locum cautioni per quam *ius libertatis infringitur.* » *Voy.* aussi § 7, I., *de mandato* 3, 26. — Fr. 37, § 3. 4, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 6, § 3. Fr. 22, § 6, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 57, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 26. 27, pr. Fr. 35, § 1. Fr. 123. Fr. 134, pr. D., *de verb. oblig.* 45, 1. — L. 5, C., *de legibus* 1, 14. — L. 2. 4, C., *de inutilibus stipulationibus* 8, 30.

relatif à la succession d'une personne encore vivante. Une constitution de Justinien admet pourtant pareille convention, au cas que celui de la succession de qui il s'agit y ait consenti et persévère jusqu'à sa mort dans le consentement donné [7].

2° Il faut que la prestation soit déterminée ou tout au moins de nature à pouvoir l'être. Dans le cas contraire, en effet, il serait impossible de savoir à quoi le débiteur est tenu et doit être contraint. La question de savoir si l'objet est suffisamment déterminé est, au reste, une question de fait [8]. La détermination peut, d'ailleurs, être abandonnée à l'arbitrage d'une personne tierce ou même de l'une des parties contractantes [9].

3° Il faut que le créancier ait un intérêt à la prestation qu'il se fait promettre. Toute obligation est, en effet, une restriction de la liberté de celui à qui elle est imposée, et ce serait contraire à l'intérêt de tous, voire même à la morale, que de permettre à quelqu'un de restreindre notre liberté par pur caprice et sans qu'il en résultât un avantage pour lui-même [10]. C'est pour ce motif que la convention par laquelle l'une des parties stipule en faveur d'un tiers est inefficace, et ne produit d'obligation, ni pour les parties contractantes, ni pour le tiers [11].

[7] *Voy.* ci-après, § 209, A. et t. III, § 375, notes 1-3.

[8] Fr. 2, § 5, D., *de eo quod certo loco* 13, 4. — Fr. 35, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 69, § 4, D., *de iure dotium* 23, 3. « Gener a socero dotem *arbitratu soceri* certo die dari, *non demonstrata re vel quantitate,* stipulatus fuerat : *arbitrio quoque detracto,* stipulationem valere placuit. Nec videri simile quod, fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi constant, cum inter modum constituendæ dotis et corpus ignotum differentia magna sit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. » Cf. L. 1. 3, C., *de dotis promissione* 5, 11. — Fr. 71, D., *de legatis I* (30). — Fr. 17. 94 in f. Fr. 95. 108, § 1. Fr. 115, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[9] *A*) Gaius, III, 140. — § 1, I., *de emtione et vend.* 3, 23. — Fr. 16, § 4, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 25, pr. D., *locati* 19, 2. — L. 15, C., *de contrah. emtione* 4, 38. — Fr. 75. 80, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 1, § 1, D., *de legatis II* (31). — Cf. ci-après, § 218, B; § 226, n° 4. — *B*) Fr. 6, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 24, pr. D., *locati* 19, 2. — Fr. 69, § 4, D., *de iure dotium,* à la note précédente. — L. 3, C., *de promissione dotis* 5, 11. — Le pouvoir d'appréciation, abandonné à un tiers, peut être absolu et illimité ou bien restreint à l'*arbitrium boni viri,* c'est-à-dire que si l'une des parties juge l'appréciation inique, elle a la faculté de la soumettre à la décision du juge. Fr. 76-80, D., *pro socio* 17, 2. « 76.... Arbitriorum genera sunt duo : unum eiusmodi, ut sive æquum sit, sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum ut ad boni viri arbitrium redigi debeat... 79. Unde, si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonæ fidei. » Quand l'appréciation est abandonnée à l'un des contractants, elle doit toujours se faire ad *arbitrium boni viri* (*voy.* les passages sous litt. *B* et Fr. 121, § 1, D., *regulis iuris* 50, 17); ce qui, au reste, se présume aussi dans l'hypothèse précédente. *Voy.* cependant ci-après, § 209, B, et § 215, note 4.

[10] § 18, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. « ... Inventæ sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest... » — Fr. 61, D., *de pactis* 2, 14. « Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito prædium alienet. » *Voy.* aussi ci-dessus, t. I, § 34, note 6, et ci-après, § 206, B; § 249, n° 6.

[11] *Voy.* ci-après, § 206, A.

Observation 1. Nous avons dit ci-dessus que la convention par laquelle nous nous engageons à donner ou livrer une chose hors du commerce ne peut produire d'obligation. Cette vérité incontestable est énoncée dans plusieurs textes très-positifs [12]. Il se trouve cependant au Digeste quelques passages qui accordent à l'acheteur d'une chose hors du commerce l'*actio emti* en dommages et intérêts, dans des cas où le vendeur avait eu connaissance de la qualité de la chose, tandis que l'acheteur l'ignorait [13]. De ces décisions on a conclu que la vente d'une *res extra commercium*, nulle en thèse générale, pouvait devenir valable et produire des effets, quand l'une des parties, spécialement le vendeur, avait agi frauduleusement. Cette opinion, contraire au principe fondamental d'après lequel une prestation impossible ne peut être l'objet d'une obligation, renferme implicitement une thèse évidemment absurde : c'est qu'une convention entachée de nullité pourrait devenir valable et efficace par le dol de l'une des parties contractantes. Aussi est-elle inadmissible. Les décisions qui y ont donné lieu s'expliquent aisément par l'économie du système romain en matière d'actions. Dans les cas dont il s'y agit, le vendeur est certes obligé envers la partie adverse de réparer le dommage que celle-ci a pu subir, mais cette obligation est fondée sur le dol dont il s'est rendu coupable, et non pas sur la vente qui est nulle. Rigoureusement,

[12] *Voy.* ci-dessus, note 5.—Les § 2, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19; Fr. 34, § 2. D., *de contrah. emtione* 18, 1; Fr. 83, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1, maintiennent la nullité, alors même que la convention aurait été conclue pour le cas où la chose cesserait d'être *in commercio*. Au Fr. 34, D., *cité*, où il s'agit de la stipulation : *Titium dare, cum servus erit*, Paul cherche à justifier cette décision rigoureuse, en disant que *nec fas est eiusmodi casus exspectare*. Cette raison peut être admise pour le cas spécial dont Paul s'occupe; mais il faut convenir qu'elle ne s'applique point aux autres hypothèses. Cf. ci-après, t. III, § 439, notes 21. 37. 40.

[13] § 5, I., *de emtione et venditione* 3, 23. « Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis, *deceptus a venditore*, quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est si hominem liberum pro servo emerit. » — Fr. 4, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur. » — Fr. 6, pr. D., *eodem*. « Sed Celsus ait, hominem liberum *scientem* te emere non posse... » —Fr. 34, § 2, D., *eodem*. « Liberum hominem *scientes* emere non possumus... » — Fr. 62, § 1, D., *eodem*. « Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, *licet emtio non teneat*, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, *ne deciperetur*. » (Cf. Fr. 8, § 1, D., *de religiosis* 11, 7). — Le Fr. 70, D., *de contrahenda emtione* 18, 1, admet même comme efficaces et obligatoires la vente et l'achat d'un homme libre au cas que vendeur et acheteur ignorent la condition de l'homme qui est l'objet de leur convention : « Liberi homines emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat, » et l'on accorde, dans ce cas, l'*actio emti* en garantie du chef d'éviction. Fr. 39, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2, et L. 25, C., *eodem* 8, 45. Cf. Fr. 4, D., *quibus ad libertatem proclamare non licet* 40, 13. Mais ces solutions ne sont ni concluantes ni décisives pour notre question. L'homme libre, en effet, n'est point entièrement hors du commerce; car, si nous en ignorons la condition, nous pouvons le posséder, et cette possession donne tous les effets de la possession de bonne foi, à l'exception de la seule usucapion. Il est dès lors tout naturel qu'on ait autorisé l'acheteur évincé à se plaindre, *quod habere non liceat*. *Voy.* ci-après, § 212, note 1, combiné avec t. I, § 81, note 4, et t. III, § 334, notes 21 sqq.

l'acheteur devrait de ce chef avoir une *actio de dolo* contre le vendeur; mais, comme les Romains cherchaient autant que possible à éviter cette action [14], la jurisprudence a cru devoir accorder l'*actio emti*. En effet, s'il n'y a pas d'obligation, il y a au moins convention de vente : la demande paraît donc, au moment où elle est intentée, conforme au *ius civile*, qui donne une action en vertu de la simple convention de vente. Le défendeur pourrait, à la vérité, exciper de la nullité de l'obligation; mais il le ferait sans succès, puisqu'il serait repoussé par la *replicatio doli*. Compris de cette manière, les passages qui attribuent au vendeur trompé une action en dommages et intérêts ne présentent donc aucune difficulté. — Cette manière d'agir ayant été admise en cas de dol, rien ne paraît s'opposer à ce qu'elle soit appliquée également à des hypothèses où l'on ne peut reprocher au vendeur qu'une négligence inexcusable [15].

Observation 2. Peut-on promettre ou vendre la chose d'autrui; en d'autres termes, l'engagement que nous prenons de donner ou de livrer une chose qui, au moment de la convention conclue, appartient à un autre que nous, est-il valable et obligatoire? Parmi les jurisconsultes modernes, la validité d'un pareil engagement a été mise en doute, par la raison qu'il serait illégal et immoral : le législateur français dit même, en termes formels, que la vente de la chose d'autrui est nulle. Les Romains en ont jugé autrement; il leur paraît indubitable qu'on peut vendre la chose d'autrui [16]. Cette affirmation formelle a mis les partisans de la nullité dans la nécessité d'accuser la législation romaine d'immoralité flagrante. Cependant, comme on reculait devant une accusation aussi terrible, on a cherché à disculper les Romains en disant que leur manière de voir était excusable en matière de vente, où le vendeur n'est tenu que de *tradere rem venditam*, mais qu'elle devait être rejetée d'une manière absolue dans les obligations, où le débiteur est tenu de *dare rem*. Il est difficile de comprendre que cet argument ait pu trouver un seul partisan. D'une part, en effet, s'il est immoral de disposer de la chose d'autrui, l'immoralité doit être aussi grande quand on fait tradition de la chose pour que l'acceptant en dispose comme maître, que quand on a l'intention de *dare*. D'autre part, l'excuse qu'on prête aux Romains n'est nullement fondée, car ils déclarent l'obligation de *dare rem alienam* valable, tout comme la vente de la chose d'autrui. Cela est dit formellement dans plus d'un passage à l'égard des *stipulationes dandi* [17], et la disposition par laquelle le testateur lègue une chose qui ne lui appartient pas est parfai-

[14] *Voy.* ci-après, § 286, note 31.

[15] Cf. ci-dessus, § 173, note 30. En cas de dol, l'acheteur réplique : « Tu le savais »; en cas de faute : « Tu aurais dû le savoir ».

[16] Fr. 28, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est..... » Cf. ci-après, § 209, note 21 ; § 210 *in fine*, et § 212.

[17] Fr. 25, § 10, D., *familiæ erciscundæ* 18, 2. « ... Viam promittere et is potest qui fundum

tement obligatoire pour l'héritier [18]. Il suffit, au reste, de réfléchir un instant pour être convaincu que, dans cette question, les Romains sont seuls dans le vrai et parfaitement dans le vrai. Certes, ce serait un fait immoral et illégal que de soustraire la chose d'autrui et d'en disposer en notre faveur ou en faveur d'un tiers; mais tel n'est point l'objet de l'obligation dont il s'agit ici. Nous nous sommes engagé à faire avoir à la partie adverse une chose dont un autre est propriétaire dans le moment actuel. De deux choses l'une : nous réussirons à nous procurer la chose ou nous n'y réussirons pas. Dans le premier cas, rien n'est plus aisé que d'exécuter notre engagement; dans le second, il y aura nécessairement inexécution de notre part, et nous pourrons être tenu d'indemniser la partie adverse du dommage qui peut en résulter pour elle. On le voit, l'obligation de donner ou de livrer une chose qui, dans le moment de la convention, existe hors de notre patrimoine n'est pas plus impossible que celle de donner ou de livrer une chose qui n'existe aucunement dans ce moment. Aussi est-ce à tort que quelques auteurs ont voulu restreindre la thèse romaine, en validant la vente de la chose d'autrui dans le cas où les deux parties, ou au moins l'acheteur, ignorent qu'elle n'appartient pas au vendeur, et en la déclarant nulle dans le cas contraire [19]. La promesse et la vente de la chose d'autrui sont entièrement valables et parfaitement obligatoires dans l'une comme dans l'autre de ces deux hypothèses [20] : elles astreignent le promettant ou le vendeur à donner ou à livrer la

non habet... » – Fr. 58, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 18, § 2, D., *de donationibus* 39, 5.– Fr. 91, § 1, *verbis* Sin autem alienus. Fr. 98, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 137, § 4, D., *eodem.* « ... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet : ne incipiat dici, eum quoque dare non posse qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. » – Fr. 98, § 8, D., *de solutionibus* 46, 3.

[18] § 4, I., *de legatis* 2, 20. – Fr. 39, § 7, D., *de legatis I* (30). « Constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiam si difficilis earum paratio sit. »–*Voy.* ci-après, t. III, § 427, c.

[19] Beaucoup de commentateurs énoncent cette théorie dans les termes suivants : « La vente de la chose d'autrui est valable, si les deux parties, ou tout au moins l'acheteur, sont de bonne foi; elle est nulle si l'acheteur et, à plus forte raison, si les deux parties sont de mauvaise foi. » C'est rendre une théorie erronée encore plus fausse au moyen d'une terminologie vicieuse. La bonne et la mauvaise foi n'ont rien à faire dans cette matière. Rien n'est plus absurde que de donner la qualification de *mauvaise foi* aux parties qui contractent sciemment de *re aliena*. Exemple : Nous trouvant aux courses de Spa, vous vous extasiez devant un cheval, et me demandez : « Savez-vous à qui il appartient? — A lord Y. — J'en donnerais bien cinq mille francs. — A ce prix, je m'engage à vous le faire avoir. Dans dix jours, si vous le voulez, il sera dans vos écuries. — Parfaitement, c'est convenu. » Je m'adresse à lord Y qui me cède le cheval. Le dixième jour, je me présente et vous l'offre. Vous refusez, en montrant l'article 1599 du Code Napoléon qui dit que la vente de la chose d'autrui est nulle. Se trouvera-t-il un juge qui vous donnerait raison? Mais il y aura probablement des idolâtres incorrigibles qui, par un procédé homéopathique, chercheront à voiler l'hérésie du législateur au moyen d'une hérésie nouvelle, en disant que dans ce cas il n'y a pas vente, mais engagement de faire avoir.

[20] Le Fr. 34, § 3, D., *de contrahenda emtione* 18, 1, que l'on cite souvent à l'appui de la distinction erronée que nous venons de réfuter, traite de la vente d'une *res furtiva*. Or, pareille chose

chose promise et, faute de le faire, à payer des dommages et intérêts, le tout conformément aux règles générales sur l'exécution des obligations [21]. — Nous aurons, au reste, à revenir sur cette matière au chapitre de la vente, où nous exposerons avec plus de détails tous les effets que la vente de la chose d'autrui peut produire [22].

§ 200. *Du consentement. — En général.*

Dans toute convention, le concours du créancier et du débiteur est indispensable : une simple proposition n'oblige à rien, pas plus qu'une simple promesse non acceptée. Par exception, les lois romaines donnent force obligatoire à une promesse non acceptée, *pollicitatio* [1], dans les deux cas suivants [2] : 1° lorsqu'elle a été faite en faveur d'une commune, pourvu qu'il y ait juste motif ou commencement d'exécution [3] ; 2° lorsqu'elle consiste à consacrer une chose à Dieu, *votum* [4].

Pour qu'il y ait réellement concours des deux volontés, il faut naturellement que l'acceptation réponde, sous tous les rapports, à l'offre. Ainsi quand une partie entend s'engager sous condition ou à terme, tandis que l'autre croit l'obligation pure et simple, il n'y aura pas de convention [5]. Il en serait de même si le créancier et le débiteur n'avaient pas eu en vue la

est, à la vérité, chose d'autrui, mais elle est de plus *volée*, et vouloir aliéner ou acquérir une chose volée, c'est commettre un vol ou au moins s'en rendre complice. *Voy.* ci-après, § 269, note 6.

[21] Il est, au reste, à remarquer que le Code Napoléon, dans le même article 1599 qui proclame la nullité de la vente de la chose d'autrui, attribue à cette opération des effets légaux, en imposant au vendeur, même de bonne foi, l'obligation éventuelle de payer des dommages et intérêts. (Cf. art. 1630.) Or, jamais un acte NUL ne peut obliger les parties à quoi que ce soit, à moins qu'elles ne soient coupables de dol ou au moins de faute. (*Voy.* ci-dessus, note 15 et § 173, OBS.) Il y a plus, cette opération immorale et nulle sert de base à l'usucapion, cette *patrona generis humani*, qui exige comme condition *sine qua non* BONNE FOI et JUSTE TITRE (Code Nap., art. 2265). Enfin, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que l'article 1599 n'est pas applicable en matière commerciale. On ne peut guère s'expliquer cette irrévérence envers le législateur, si ce n'est par un argument mythologique, en se rappelant que Mercure est le dieu des marchands et des voleurs.

[22] *Voy.* ci-après, § 210, vers la fin, et § 212.

[1] Fr. 3, pr. D., *de pollicitationibus* 50, 12. « Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum... » — PAUL, V, 12, 9. « Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur. » — Fr. 19, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[2] Quelques auteurs comptent un troisième cas, celui de la *dotis dictio*. Mais il est plus que probable que la *dotis dictio* n'était pas une *nuda pollicitatio*. *Voy.* ci-après, t. III, § 310.

[3] *Voy.* tit. D., *de pollicitationibus* 50, 12, et particulièrement Fr. 1, § 1. 2, D., *huius tituli*. « 1. Non semper autem obligari eum qui pollicitus est, sciendum est. Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione; sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus. Et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur. 2. Item, si sine causa promiserit, cœperit tamen facere, obligatus est qui cœpit. » — Fr. 9, D., *eodem*.

[4] Fr. 2, D., *de pollicitationibus* 50, 12.

[5] GAIUS, III, 102. — § 5, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19. « Præterea inutilis est stipulatio, si

même prestation. Relativement à cette dernière hypothèse, il existe une controverse dans la compilation de Justinien. Dans les Institutes, Justinien décide, suivant l'opinion de Gaius, qu'il faut considérer comme nulle la convention par laquelle l'une des parties veut se faire promettre dix, tandis que l'autre ne promet que cinq [6]. Par contre, dans quelques passages du Digeste empruntés à Paul et à Ulpien, il est dit qu'il y aura obligation pour la somme moindre, par la raison que le moins est contenu dans le plus [7]. Malgré l'antinomie qui semble exister entre ces deux décisions, on les concilie aisément en admettant que, dans les passages de Justinien et de Gaius, il s'agit du principe général, qui, certes, est incontestable, tandis que Paul et Ulpien parlent d'un cas où le créancier se contente de la prestation moindre. Cette interprétation est confirmée par un autre passage du Digeste où ce motif ressort de la manière la plus évidente dans un cas analogue [8].

La forme dans laquelle les parties donnent leur consentement est, en général, indifférente [9]. Elles peuvent le donner par écrit, verbalement et même par un simple geste [10]. Il n'est pas nécessaire que l'offre et l'acceptation aient été faites toutes deux au même moment; mais il faut qu'elles

quis ad ea quæ interrogatus erit, non respondeat, veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut, si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra... » — Fr. 1, § 3 in f. Fr. 134, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[6] Gaius, III, 102. « Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit : velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V mihi promittas... » — *Epitome Gaii,* II, 9. 10. « (Item inutilis est obligatio...) si creditor decem solidos debitorem interroget, et debitor quinque promittat. Hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur. » — § 5, I., *de inutil. stipul.* 3, 19.

[7] Ulpien, Fr. 1, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Si stipulanti mihi X, tu XX respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario, quoque, si me XX interrogante tu X respondeas, obligatio, nisi in decem, non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestum est, viginti et decem inesse. » — *Voy.* aussi Pomponius, Fr. 15, D., *de acceptilat.* 46, 4. « ... Si is qui X promisit, ita interroget : Quod tibi decem promisi, XX habesne accepta : etiam X nomine erit liberatus. » — Paul, Fr. 83, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Diversa causa est summarum (id est, te teneri constat), veluti, decem aut viginti dare spondes? Hic enim, etsi decem spoponderis, recte responsum est : quia semper in summis id, quod minus est, spondere videtur. » — Fr. 27, § 3, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 9. 34 in f. D., *de regulis iuris* 50, 17.

[8] Pomponius, Fr. 52, D., *locati* 19, 2. « Si X tibi fundum locem, tu autem existimes V te conducere, nihil agitur ; sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi. »

[9] A moins que la loi ne prescrive une formalité, comme la rédaction par écrit pour certains cas de bail emphytéotique (ci-après, § 231, notes 5. 6), l'insinuation dans les registres publics pour les donations au-dessus de 500 solides (ci-après, § 254, note 10).

[10] Fr. 4, D., *de fide instrumentorum* 22, 4. — Fr. 5, D., *eodem.* Si res gesta, sine litterarum quoque consignatione, veritate factum suum præbeat, non ideo minus valebit, quod instrumentum nullum de ea intercessit. » — Fr. 38, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 52, § 9. 10, D., *eodem.* « Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt. » — Fr. 17, D., *de novationibus* 46, 2. « Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest. »

coexistent à un moment quelconque avec effet obligatoire [11]. Si les parties sont convenues que l'acte doit revêtir une certaine forme, par exemple, être rédigé par écrit ou passé devant un officier public, l'obligation n'existera que lorsque cette formalité aura été remplie [12].

§ 201. *De l'influence de l'erreur sur la validité des conventions.*

Il arrive parfois qu'un acte présente ostensiblement le caractère d'une convention, bien que la condition essentielle dont nous nous occupons ici, savoir le consentement des parties, y fasse défaut. Cela peut avoir lieu quand l'un ou l'autre des contractants se trouve en état d'erreur ou d'ignorance par rapport à l'objet de la convention.

On entend par erreur la fausse notion que nous avons d'une chose, et par ignorance l'absence de toute notion. Nos sources mettent d'ordinaire l'erreur et l'ignorance sur la même ligne. L'ignorance, en effet, dès qu'elle devient le mobile d'un acte, constitue une erreur et doit dès lors naturellement produire les mêmes effets à l'égard des actes juridiques.

A la première vue, on pourrait être tenté de croire que toute erreur est exclusive du consentement, et que, par conséquent, l'acte conclu par suite d'une erreur ne saurait constituer une convention obligatoire. C'est ce que disent, en effet, plusieurs textes des lois romaines [1]. Mais ces propositions générales sont loin d'énoncer un principe absolu et d'être entièrement vraies. Car il se peut que, malgré l'erreur que renferme une convention, les parties soient parfaitement d'accord sur l'obligation qu'il

[11] C'est ainsi qu'une obligation peut être contractée par correspondance, par lettres missives. Fr. 2, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. » — Fr. 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 1, § 1. 2, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 2, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 84, D., *pro socio* 17, 2. Mais à quel moment, dans cette hypothèse, le lien obligatoire se forme-t-il? Existe-t-il dès l'instant où les offres ont été acceptées par la partie à qui elles ont été faites, ou bien ne se forme-t-il qu'au moment où l'acceptation est parvenue à la connaissance de celui qui les a faites? Les lois romaines ne fournissent *in terminis* aucune décision sur cette question. Nous pensons que le lien obligatoire n'existe que quand le proposant a eu connaissance de l'acceptation et que, par conséquent, il est libre jusqu'à ce moment de retirer sa proposition. Il ne suffit point, en effet, de la simple coexistence des deux volontés ; il faut, de plus, un rapport de causalité qui leur imprime le caractère obligatoire, et ce rapport ne saurait exister sans que chaque partie ait la conscience d'être obligée et d'obliger à son tour. Cf. Fr. 15, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 6 in f. D., *de periculo* 18, 6.

[12] L. 17. C., *de fide instrumentorum* 4, 21. « Contractus venditionum, vel permutationum, vel... alterius cuiuscumque *causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit,* transactionum etiam, *quas in instrumento recipi convenit,* non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata... sint, ut nulli liceat, prius quam hæc ita processerint... aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare... » — Pr. I, *de emtione* 3, 23. — Cf. Fr. 4, D., *de fide instrumentorum* 22, 4.

[1] Fr. 57, D., *de obl. et act.* 44, 7. « In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta, qui emit aut qui conducit, aliud, qui

s'agit de créer, et dès lors l'erreur ne peut évidemment porter aucune atteinte à l'existence ni à la force obligatoire de la convention. Nous avons rencontré une analogie dans le paragraphe précédent, quand nous traitions de l'hypothèse où les parties n'avaient point eu en vue le même objet. Nous y avons vu en effet que, malgré l'apparent désaccord sur la quotité de la prestation, il peut y avoir en réalité consentement respectif des parties et, par suite, convention obligatoire [2]. Des causes analogues peuvent produire le même résultat quand l'une ou l'autre des parties contractantes verse dans une erreur.

Il s'agit donc de déterminer, d'une part, les hypothèses dans lesquelles l'erreur entraîne la nullité de la convention qui en est entachée, d'autre part, celles dans lesquelles pareil résultat ne se produit point. On a l'habitude d'appeler essentielle l'erreur qui entraîne la nullité de l'acte, *error essentialis* *, et de qualifier toute autre erreur de *minus essentialis* * ou *concomitans* *. Ces termes, sans être nécessaires, ne renferment rien d'illogique et peuvent dès lors être employés sans inconvénient.

Il est évident que l'erreur ne peut être une cause de nullité que lorsqu'elle est exclusive du consentement qui est nécessaire pour l'existence de la convention. Or, le consentement, pour créer une convention obligatoire, doit tomber sur la prestation qui est l'objet de l'obligation que l'acte a pour but de créer. L'erreur sera donc une cause de nullité quand elle tombe soit sur la prestation même, soit sur un des éléments essentiels de cette prestation; mais aussi elle ne le sera que dans ces cas.

La première partie de la règle que nous venons de formuler n'est contestée par personne. Tout le monde est d'accord pour admettre que l'erreur sur la nature du contrat est une cause de nullité. Or, les mots : la nature du contrat s'emploient pour exprimer ce que nous entendons dire en nous servant de la locution plus exacte et plus générale : la prestation même [3].

cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valeat ea societas, quæ in consensu consistit. » — Cf. Fr. 15, pr. D., *de iurisdictione* 2, 1. « ... Non consentiunt qui errant. » — Fr. 2, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. « ... Error litigantium non habet consensum. » — Fr. 20, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3. « Nulla enim voluntas errantis est. » — Fr. 116, § 2, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Non videntur, qui errant, consentire. » — L. 8. 9, C., *de iuris et facti ignorantia* 1, 18.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 200, notes 6. 7. 8.

[3] Fr. 18, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit? videndum. Et puto, nec mutuam esse... 1. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi... » — Fr. 9, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « ... Si in ipsa emtione dissentiant. » — Fr. 3, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Cf. Fr. 5, pr. D., *de negotiis gestis* 3, 5. — A cet ordre d'idées appartient aussi le Fr. 35, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1, qui déclare que le mandataire ou le tuteur qui, agissant en cette qualité, vend et livre une chose qu'il croit être au mandant ou au pupille, tandis qu'en réalité elle lui appartient à lui, ne perd pas sa

La seconde partie de notre règle, d'après laquelle l'erreur, pour être une cause de nullité, doit au moins tomber sur un élément essentiel de la prestation, est loin d'être généralement admise; elle est même différente de toutes les théories qui, jusqu'à ce jour, ont été formulées par les jurisconsultes modernes. Pourtant, elle nous paraît seule fondée en raison et conforme aux décisions que nous trouvons dans les lois romaines. Aucuns reprocheront peut-être à notre règle le défaut de précision qui, à la vérité, paraît au premier abord la rendre vicieuse; mais ce reproche n'est point admissible. D'une part, en effet, la matière dont il s'agit manque elle-même de précision, et ce serait dès lors procéder illogiquement que de vouloir la soumettre à des règles absolues et précises dans les termes [4]. D'autre part, ce que la règle paraît avoir de vague disparaît aussitôt qu'elle est appliquée aux faits pratiques, les circonstances de l'espèce suffisant toujours pour lui imprimer le caractère de précision nécessaire [5] et pour faire connaître si, dans un cas donné, tel élément est, ou non, essentiel pour l'obligation que les parties avaient en vue au moment de la convention. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser rapidement les divers éléments que l'on peut distinguer dans une prestation.

Il est d'abord naturel que l'objet de la prestation soit presque toujours une partie essentielle de la prestation, et que, par conséquent, l'erreur qui tombe sur cet élément, *error in corpore*, soit d'ordinaire exclusive de consentement et, par suite, une cause de nullité de la convention [6]. Que

propriété. La prestation que le mandataire ou le tuteur entend prendre à sa charge n'est point, en effet, de transférer une propriété à lui : *nemo errans rem suam amittit*. Le Fr. 49, D., *mandati* 17, 1, paraît, à la vérité, tenir un autre langage; mais nous verrons plus loin (§ 222, notes 12. 15), que ce langage ne peut pas être admis dans le droit de Justinien.

[4] C'est pour cette raison que les auteurs modernes tombent à chaque pas dans des contradictions insolubles, surtout quand il s'agit de l'erreur sur la substance, sur la qualité, etc.

[5] Sous ce rapport, notre matière présente une parfaite analogie avec la faute, *culpa*. *Voy.* ci-dessus, § 174. Cf. t. I, § 113, notes 85. 86.

[6] § 23, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19. « Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris. » — Fr. 9, pr. § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere, palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti; nam cum in corpore dissentiamus, apparet nullam esse emtionem. 1. Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est quin valeat emtio et venditio; nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. » — Fr. 83, § 1. Fr. 137, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 10, C., *de donationibus* 8, 54. — Cf. Fr. 34, pr. D., *de adquirenda possess.* 41, 2. — Fr. 2, § 6, D., *pro emtore* 41, 4. — L'erreur sur le nom de la chose ne constitue évidemment point une erreur sur la chose même. Fr. 9, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1, cité au commencement de la note. — Fr. 34, pr. D., *de adquirenda possess.* 41, 2. — Fr. 32 Fr. 65, § 1. Fr. 80, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Cf. § 29, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 9, § 1, D., *de hered. instit.* 28, 5. — Fr. 4, pr. D., *de legatis I* (30). — Fr. 28, D., *de rebus dubiis* 34, 5. — L. 4, C., *de testamentis* 6, 23. — L. 7, § 1, C., *de legatis* 6, 37.

si cependant, dans un cas donné, l'individualité de l'objet était indifférente, nul doute que la convention ne soit parfaitement valable et obligatoire[7].—L'erreur sur la substance ou la matière de l'objet de la prestation sera également, dans la plupart des cas, exclusive de consentement, bien que de fait le contraire puisse arriver parfois et arrive plus souvent que dans l'hypothèse précédente[8].—La quantité, l'étendue et la valeur de l'objet de la prestation peuvent, selon les circonstances, constituer des éléments essentiels ou indifférents pour le consentement, et agiront sur la validité de la convention selon le caractère qu'ils auront dans l'espèce[9]. —La même considération s'applique à la qualité et aux accessoires de l'objet de la prestation. Ici les faits varient à l'infini, et ce n'est qu'en tenant compte de notre distinction fondamentale qu'on peut arriver à des solutions rationnelles; tandis qu'on se rend inévitablement coupable de contradictions et d'iniquités frappantes quand on essaye d'attribuer à l'erreur sur la qualité un effet absolu et général sur la validité des con-

[7] Ayant à vendre vingt-cinq lots de terrain propre à la bâtisse, tous de valeur et d'étendue égales, et marqués des vingt-cinq lettres de l'alphabet, je vous en vends un au prix de dix mille francs, en me chargeant d'y faire faire, avant la livraison, certaines constructions. Avant la livraison, vous regrettez le marché. Et quand je vous offre le lot I avec les constructions convenues, vous soutenez et prouvez que vous avez cru qu'il s'agissait du lot J. Serez-vous admis à refuser l'exécution du marché en vous prévalant de l'*error in corpore?*

[8] Les décisions que nos sources renferment sur ce sujet ont beaucoup embarrassé les commentateurs; elles s'expliquent aisément d'après notre règle, pourvu qu'on ne les généralise point d'une manière arbitraire et que l'on tienne compte des circonstances et des mœurs. Fr. 9, § 2, *de contrah. emtione* 18, 1. « Inde quæritur : si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit libro sexto Digestorum : emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum non acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. » – Fr. 14, D., *eodem*, où le mot *inauratum* signifie *mélangé d'or* et non pas *doré*. – Fr. 41, § 1, D., *eodem*, où les mots *mensa argento cooperta* signifient *une table argentée* ou *plaquée d'argent*. – Cf. Fr. 14, § 1. Fr. 45, D., *eodem*, et Fr. 21, § 2, D., *emti* 19, 1, ci-après, note 15, B. — Le Fr. 22, D., *de verb. obl.* 45, 1, paraît, au premier abord, embarrassant. Paul y dit : « Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius æris nomine, quoniam in corpore consenserimus... » Il déclare donc obligatoire la stipulation d'un objet d'airain que le stipulant croyait être d'or, bien que certes la substance paraisse, dans l'espèce, un élément essentiel. Mais il est évident que cette décision est uniquement en faveur du stipulant, qui pourrait, à la vérité, se prévaloir de son erreur, s'il le trouvait convenable, mais qui naturellement préférera donner son consentement, parce que, en agissant autrement, il ne ferait tort qu'à lui-même. La même considération s'applique au Fr. 1, § 2, D., *de pignorat. actione* 14, 7, qui traite, au reste, d'un cas de dol. Cf. ci-après, § 242, note 12.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 200, notes 6-8. Quand, dans cette hypothèse, il s'agit d'un contrat de bonne foi non annulé par l'erreur (par exemple, d'un contrat de vente), on conçoit que l'erreur sur la qualité ou la quantité puisse donner lieu à une diminution ou augmentation de prix. *Voy.* ci-après, § 211, notes 7 sqq. et Fr. 57, pr. in f. D., *de contrah. emtione* 18, 1. Ce dernier texte contient, au reste, plusieurs décisions qui sont évidemment arbitraires et irrationnelles dans la rédaction absolue que les rédacteurs du Digeste y prêtent à Paul.

ventions [10]. — Enfin l'erreur sur l'identité, sur l'individualité ou sur la qualité de la personne qui doit faire ou recevoir la prestation dont il s'agit sera également ou ne sera pas une cause de nullité selon que l'identité, l'individualité ou la qualité de cette personne est ou non un élément essentiel de la prestation qui fait l'objet de l'obligation que les parties avaient en vue de créer [11].

L'analyse que nous venons de faire renferme tous les éléments qui peuvent se distinguer dans une prestation et auxquels, par conséquent, le consentement doit s'appliquer. L'erreur qui se rencontrerait en dehors de ces hypothèses ne tomberait donc point sur une chose soumise au consentement, et ne saurait dès lors porter aucune atteinte à la validité de la convention. — Ainsi, l'erreur concernant les motifs qui ont pu nous engager à contracter ne constitue jamais une cause de nullité. Quelle que

[10] Fr. 10. 11, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « 10. Aliter, atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emtor existimaret : tunc enim emtio valet. 11. Alioquin quid dicemus, si cœcus emtor fuit, vel in materia erratur? vel in minus perito discernendarum materiarum? In corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensit qui non vidit? Quodsi ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emtio valebit : in sexu enim non est erratum. Ceterum, si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emtio, nulla venditio est. » — Fr. 14, D., *eodem.* — Fr. 58, pr. D., *eodem.* « Arboribus quoque vento deiectis, vel absumtis igne, dictum est, fundi non videri esse emtionem contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore. Sive autem emtor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus de ædibus dicta sunt. » — Fr. 34, pr. D., *eodem.* « ..... Plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur. » Les premières phrases de ce texte, que nous n'avons pas reproduites parce qu'elles sont étrangères à notre question, contiennent une décision arbitraire qui ne saurait être justifiée en principe, mais que l'on peut expliquer par la considération que le jurisconsulte, obligé de décider une espèce absurde, a dû chercher une solution quelconque qui ne lésât personne, sans prétendre à la donner entièrement rationnelle.

[11] Fr. 3, § 2, D., *de transactionibus* 2, 15. — Fr. 36, *verbis* Plane si D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 32, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Cf. Fr. 15, D., *de iurisdictione* 2, 1 ; Fr. 2, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. Il est facile d'imaginer d'autres exemples à l'appui de notre règle. Ainsi, quand il s'agit d'un ouvrage à faire par des journaliers, l'individualité de l'ouvrier sera, en thèse générale, indifférente, tandis qu'elle sera de la plus haute importance dans la confection d'un ouvrage d'art, etc. *Voy.* au reste encore ci-après, notes 13 et 14. — Nous venons d'invoquer le Fr. 32, D., *de rebus creditis* 12, 1, qui déclare un prêt d'argent nul pour cause d'erreur dans la personne du prêteur. On pourrait être tenté de dire que cette décision n'est point favorable à notre thèse par la raison que, si dans un prêt d'argent, l'individualité de la personne du débiteur est très-importante, il n'en est pas de même de celle du créancier. On se convaincra du contraire, en développant l'espèce dont parle le fragment cité. Voulant contracter un emprunt, je m'adresse par écrit à deux amis, qui me répondent qu'ils sont disposés à me faire le prêt demandé : Primus à 6 pour cent et moyennant une sûreté hypothécaire; Secundus à 4 pour cent et sans garantie. L'un et l'autre me disent qu'ils ont chargé leur banquier respectif de me remettre les fonds à ma première demande. Rencontrant le banquier de Primus, que je crois être celui de Secundus, je le prie de m'envoyer les fonds qu'il est chargé de me remettre : il le fait. Y aura-t-il *mutuum* entre Primus et moi ? Evidemment non, car je n'ai pas voulu emprunter à Primus. Celsus a donc raison de décider dans ce sens, *quia hoc, nisi inter consentientes, fieri non potest : sed, quia pecunia Primi ad me pervenit, eam Primo a me reddi bonum et æquum est,* et ce au moyen de la *condictio sine causa.* Ci-après, § 277.

soit, en effet, la gravité de cette erreur, elle n'empêche pas que nous ayons voulu et consenti, et partant que toutes les conditions requises pour la validité de la convention ne se trouvent réunies. Cette vérité incontestable, mais fréquemment méconnue par les jurisconsultes modernes, a été sanctionnée avec autant d'énergie que de conséquence par les Romains [12]. — On prétend communément que l'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter peut être, dans certaines hypothèses, une cause de nullité. Rien n'est plus erroné. Il est évident, en effet, que si je suis tombé d'accord avec Pierre sur un point, il y a consentement entre nous sur ce point, *in idem placitum consensus*, et, par conséquent, convention obligatoire : la circonstance que j'ai pris Pierre pour Paul ne peut point faire qu'il n'y ait pas eu accord entre Pierre et moi. Le malentendu provient de ce que l'on confond la personne avec laquelle nous contractons et la personne qui doit faire ou recevoir la prestation. Cette confusion s'explique, parce que l'individu avec lequel nous contractons est ordinairement le même qui doit exécuter la prestation qui fait l'objet de l'obligation; mais elle n'en est pas moins nuisible, comme on le voit par les efforts désespérés et inutiles que font tous les auteurs modernes pour écarter les difficultés que leur présente cette question [13]. Toutes ces difficultés disparaissent, si l'on se conforme à notre principe, d'après lequel l'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter ne saurait jamais être une cause de nullité, tandis que l'erreur sur la personne qui doit faire ou recevoir la prestation produira cet effet, si l'individualité de cette personne est un élément

[12] Le plus important des modes d'acquérir la propriété nous en fournit une preuve éclatante. Quelque erronés que soient, en effet, les motifs qui nous engagent à transférer la propriété d'une chose, la tradition de cette chose, faite avec l'intention commune d'aliéner et d'acquérir, a pour effet d'opérer le transfert de la propriété. *Voy.* t. I, § 106, notes 22 sqq., et ci-après, §§ 276. 277, où la démonstration indiquée dans le texte se trouvera complétée par ce que nous dirons sur la répétition des choses indûment données et spécialement sur la *condictio indebiti*. Nous nous bornons ici à citer les passages suivants: Fr. 3, § 7 in f. D., *de condictione causa data causa non secuta* 12, 4 ; Fr. 52. Fr. 65, § 2, D., *de condictione indebiti* 12, 6, ainsi que le Fr. 38, D., *de dolo malo* 4, 3, en faisant observer, à propos de ce dernier texte, que toute la matière du dol n'est qu'une preuve continue de notre proposition. En effet, si l'erreur sur les motifs pouvait être une cause de nullité des conventions, il est évident que toute convention surprise par dol serait nécessairement frappée de nullité. Or, rien n'est plus éloigné de la vérité, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant. Le Fr. 5, § 1, D., *emti* 19, 1, que l'on allègue contre notre thèse, ne la contrarie point ; il sert plutôt à la confirmer. Il n'y est point dit, en effet, que la vente que j'ai conclue, *falso existimans me damnatum vendere*, soit nulle, mais Paul donne tout simplement au vendeur une *exceptio doli* contre l'action de l'acheteur, ce qui implique virtuellement l'existence de la vente, car on ne donne pas d'exception contre une action qui n'existe point. Pareillement la *condictio incerti*, dont parle la fin du fragment, ne saurait se concevoir, si la stipulation à laquelle elle s'applique était frappée de nullité originaire. *Voy.* ci-après, § 202, Observation, et § 277, notes 5 et suivantes.

[13] L'espace nous manque pour faire connaître les nombreux systèmes inventés par les commentateurs et qui reposent tous sur des distinctions arbitraires.

essentiel de la prestation [14]. — Ce que nous avons dit des deux questions qui précèdent s'applique à tous les autres cas d'erreur qui, en dehors des éléments constitutifs de la prestation, peuvent se rencontrer à l'occasion d'une convention, tels que l'erreur sur l'existence ou la nature légale de l'objet, l'erreur sur le droit du promettant, etc. Dans toutes ces hypothèses, l'erreur est sans influence sur la validité de l'acte, par la raison qu'elle tombe sur quelque chose en dehors de la prestation, qui est l'objet soumis au consentement [15].

Nous avons encore à mentionner deux hérésies fort répandues parmi les jurisconsultes modernes. Beaucoup d'auteurs, distinguant les cas dans lesquels une seule partie verse dans l'erreur d'avec ceux dans lesquels l'erreur est partagée par les deux parties, soutiennent que l'erreur unilatérale produit des effets autres que l'erreur bilatérale. Le simple bon sens suffit pour démontrer que de ces deux hypothèses d'erreur l'une est autant exclusive de consentement que l'autre, quand il s'agit d'un élément essentiel de l'obligation. — La seconde hérésie consiste à admettre que, dans certains cas où l'erreur n'est pas une cause de nullité, elle puisse cependant avoir pour effet d'imposer à l'une ou à l'autre des parties l'obligation de payer des dommages et intérêts. Cette opinion, contraire à l'équité et aux principes, puisqu'elle condamne aux dommages et intérêts une partie qui n'a rien à se reprocher, doit son origine à ce que l'on applique faussement à notre matière plusieurs décisions romaines dans lesquelles il s'agit, non pas d'une simple erreur, mais de manœuvres frauduleuses, ou bien de la garantie de qualités dont l'un des contractants avait affirmé l'existence [16].

[14] C'est donc au mépris des vrais principes que des cours de justice ont, de nos jours, refusé de prononcer la nullité du mariage contracté avec un homme frappé d'une peine afflictive et infamante, en consacrant ainsi un état de choses aussi immoral que désastreux pour la victime de l'erreur.

[15] Quand il y a erreur sur l'existence de l'objet de la prestation, c'est-à-dire quand les parties croient que la chose existe, alors qu'en réalité elle n'existe point, la convention sera nulle, si l'objet est une *species;* mais, dans ce cas, la nullité provient non pas de l'erreur, mais de ce que la prestation est impossible. *Voy.* ci-dessus, § 199, note 4. Il en est de même quand les parties ignoraient que la chose promise était une *res extra commercium. Voy.* l'Observation 1 du même paragraphe. Enfin, ce que nous avons dit dans l'Observation 2 de ce même paragraphe prouve complétement que rien n'est plus indifférent pour la validité d'une convention que ce que les commentateurs ont coutume d'appeler *error de rei dominio.*

[16] *A*) Ainsi dans le Fr. 1, § 2, D., *de pignorat. actione* 13, 7, et dans le Fr. 22 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1, on accorde à la partie errante une action en dommages et intérêts, parce que l'autre partie se trouve *in dolo. Voy.* encore Fr. 57, § 1. 2. 3, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.— Fr. 11, § 5, D., *emti* 19, 1. – Fr. 20, D., *de furtis* 47, 2. — *B*) Dans les Fr. 40, § 2. Fr. 45, D., *de contrah. emtione* 18, 1, et Fr. 21, § 2, D., *emti,* 19, 1, il s'agit de la garantie de qualités dont le vendeur avait affirmé l'existence, *dicta et promissa. Voy.* encore Fr. 13, § 3, D., *emti* 19, 1. – Fr. 18, pr. Fr. 52, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. Cf., en général, ci-dessus, § 175, note 13, et ci-après, § 213, notes 23 et 47.

Pour résumer la théorie, nous dirons que l'erreur est une cause de nullité lorsqu'elle tombe sur la prestation même qui fait l'objet de l'obligation que les parties ont l'intention de créer, ou tout au moins sur un élément essentiel de cette prestation. La question de savoir si, dans un cas donné, la chose sur laquelle tombe l'erreur constitue ou non un élément essentiel de la prestation est une question de fait qui se résout d'elle-même par les circonstances de l'espèce. Dans la plupart des cas, l'erreur sur l'objet de la prestation, l'erreur sur la substance et sur la quantité ou l'étendue de cet objet entraîneront la nullité, comme, d'un autre côté, l'erreur sur la qualité et sur les accessoires de l'objet, ainsi que l'erreur sur la personne qui doit faire ou recevoir la prestation seront sans influence sur la validité de la convention; mais il se peut aussi que les circonstances de l'espèce amènent des résultats diamétralement opposés. Dans tous les cas, l'erreur sur des choses qui ne constituent point des éléments essentiels de la prestation sur laquelle doit tomber le consentement, notamment l'erreur sur les motifs qui nous ont engagé à conclure et l'erreur sur la personne avec laquelle nous avions l'intention de contracter, sont sans influence sur la validité de la convention conclue.

Ajoutons, pour terminer, que celui qui, pour cause d'erreur, cherche à se soustraire à l'exécution d'un acte doit naturellement prouver l'existence et l'importance de l'erreur dont il veut se prévaloir. Et cette preuve sera d'autant plus difficile que le juge ne pourra guère (à moins que les faits ne soient constants [17]) admettre l'existence de l'erreur dans les cas où celui qui veut s'en prévaloir aurait pu l'éviter en employant les soins convenables [18].

Observation. Dans le paragraphe qui précède, nous nous sommes occupé de l'influence que l'erreur et l'ignorance peuvent exercer sur la validité des conventions. Mais, en dehors des cas dans lesquels elles entraînent la nullité d'un acte, l'erreur ou l'ignorance peuvent encore produire d'autres effets juridiques. D'abord elles peuvent donner à la partie errante le droit de demander et d'obtenir la réparation du dommage occasionné par l'acte fait à la suite de l'erreur. Nous en avons vu des exemples en traitant de la restitution en entier; nous en verrons d'autres plus importants quand nous nous occuperons de la répétition des choses

[17] Si les faits sont constants, l'erreur produira les effets que nous avons exposés; et, dans cette hypothèse, il n'y a point à distinguer entre l'erreur excusable et l'erreur inexcusable, comme il convient de le faire dans la matière dont s'occupe l'Observation ajoutée au présent paragraphe. Cf. la note suivante.

[18] Dans cette appréciation, il y a lieu de tenir compte de l'individualité des personnes. Fr. 11, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1, ci-dessus, note 10. — Le Fr. 9, § 2, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6, qui paraît exiger les soins d'un *homo diligens*, appartient à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, note 22.

indûment données [19]. L'erreur peut, de plus, servir de base à la possession de bonne foi, qui produit divers effets avantageux et constitue entre autres une condition essentielle de l'usucapion [20]. C'est sous ces deux points de vue que l'erreur et l'ignorance sont envisagées dans deux titres du Digeste et du Code, qui portent l'inscription : *de iuris et facti ignorantia* †, et dans lesquels on examine surtout la question de savoir si toute espèce d'erreur ou d'ignorance est propre à produire les effets favorables que nous venons d'indiquer. Nos jurisconsultes n'attribuent cette vertu qu'à l'erreur qui se rapporte à un point de fait, et la refusent à celle qui se rapporte à un point de droit : *Error iuris nocet, error facti non nocet* [21]. Il y a du vrai dans cette règle; mais elle est loin d'être absolue; elle n'indique pas même le principe qui doit servir de base à la solution des questions qui peuvent se présenter. Avant tout, il faut examiner si l'erreur est de nature à pouvoir être excusée. Or, il est évident que l'erreur ne saurait être excusée quand elle est le résultat d'une négligence coupable [22]. Sous ce rapport, l'erreur relative à nos propres actes, bien qu'elle soit une erreur de fait, ne mérite pas généralement d'excuse [23]; tandis que l'erreur sur le fait d'autrui peut être excusable [24]. L'erreur de droit est censée provenir de négligence, tout le monde étant présumé connaître la loi [25]. Il ne nous est donc pas, en thèse générale, permis de nous en prévaloir en notre faveur, à moins qu'il ne s'agisse

[19] *Voy.* t. I, § 74, nº 4, et ci-après, §§ 275-277.

[20] *Voy.* t. I, §§ 107. 108. 113, c. D. 119. 120. 122. 136 *in f.* 137 *in f.* 142. 149. 152. 155, notes 16-22. 166, note 33.

† Titt. D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6; C., *eodem* 1, 18.

[21] Fr. 2, D., *h. t.* « In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit : cum ius finitum et possit esse et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. » — Fr. 4, D., *eodem.* — Fr. 9, pr. D., *eodem.* « Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. » — Fr. 9, § 5, D., *eodem.* « ... Sciant ignorantiam facti, non iuris, prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus. » — L. 12, C., *eodem.* « Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. »— L. 9, C., *ad legem Falcidiam* 6, 50.

[22] Fr. 3, pr. D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 11, § 3, D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 3, § 1, D., *h. t.* « Sed Cassius *ignorantiam* Sabinum accipiendam existimasse refert non deperditi et nimium securi hominis. » — Fr. 6, D., *eodem.* « Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, nec scrupolosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo æstimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. »—Fr. 9, § 1. 2, D., *eodem.* « 1 Si filius familias miles, a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales ius ignorare potest : et ideo ei dies aditionis (non) cedit. 2. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. Quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam : verum eius qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. » — Fr. 5, § 1, D., *pro suo* 41, 10.

[23] Fr. 3, pr. Fr. 5, D., *h. t.* — Fr. 7, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 5, § 1, D., *pro suo* 41, 10. — *Voy.* aussi Fr. 42, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[24] *Voy.* les passages cités aux notes 20-22, auxquels on peut ajouter les L. 4. 5. 7, C. *h. t.*

[25] Voir la note 20, et surtout la L. 12, C., *h. t.*, transcrite dans cette note.

d'éviter une perte [26]. On excuse cependant l'erreur de droit, selon les circonstances, lorsque la personne qui en a été la victime n'a point eu l'occasion de s'instruire sur la question dont il s'agissait [27]. On se montre également moins sévère à l'égard des femmes, des laboureurs et des soldats [28]. Enfin les mineurs peuvent toujours, et sans restriction, obtenir restitution contre les actes préjudiciables qu'ils auraient faits par suite d'une erreur, soit de droit, soit de fait, pourvu qu'on ne puisse leur reprocher aucune fraude [29].

§ 202. *Des vices du consentement* †. *Du dol et de la fraude* ††.

Le mot *dolus*, dans sa signification la plus large, comprend tout acte

[26] Papinien, Fr. 7. 8, D., *h. t.* « VII. Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. VIII. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet. » Cette règle se trouve appliquée dans plusieurs décisions, qui ne sont pas toutes sans présenter des difficultés. *Voy.* les Fr. 1. § 3. 4. Fr. 4. Fr. 9, § 1. 5, D., *h. t.*— Fr. 3, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6.—Fr. 31, pr. D., *de usurpat. et usucap.* 41, 3. — Fr. 2, § 15, D., *pro emtore* 41, 4, ainsi que plusieurs autres textes dont nous nous occuperons ci-après, § 277.

[27] Fr. 9, § 3, D., *h. t.* — Fr. 10, D., *de bonorum possessionibus* 37, 1.

[28] *A*) Pour les femmes, Fr. 8. Fr. 9, pr. D., *h. t.* — Fr. 38, § 2, D., *ad leg. Iuliam de adulteriis* 48, 5. — (L. 3, Th. C., *de sponsalibus* 3, 5.) L. 11. 13, C., *h. t.*, etc. — *B*) Pour ceux qui sont excusés *ob rusticitatem*. Fr. 2, § 1, D., *si quis in ius vocatus* 2, 5. — Fr. 1. § 5, D., *de edendo* 2, 13. — Fr. 2, § 7, D., *de iure fisci* 49, 14. — L. 8, C., *h. t.* — L. 8, C., *qui admitti* 6, 9, et ci-après, t. III, § 380, nº 2. — *C*) Pour les soldats, Fr 9, § 1, D., *h. t.* — Tit. D., *de restitutionibus militum* 2, 51. — L. 1, C., *qui admitti* 6, 9. — L. 22, pr. § 15, C., *de iure deliberandi* 6, 30. — L. 5, C., *de his qui sibi adscribunt in testamento* 9, 23, et ci-après, t. III, § 380, nº 4.

[29] Fr. 7, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. « Hodie certo iure utimur, *ut et in lucro minoribus* succurratur. » — Fr. 9, pr. D., *de iuris et facti ignor.* 22, 6. — Tit. C., *si adversus venditionem* 2, 27. — *Voy.* encore t. I, § 12, note 10, et § 74, nº 1.

† La plupart des auteurs ajoutent aux deux vices de consentement que nous allons exposer dans les §§ 202 et 203, l'erreur, et quelques-uns d'entre eux encore la simulation. Cela n'est point logique. L'*erreur*, en effet, ne vicie point le consentement : elle l'anéantit, ou bien elle le laisse entier et intact, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent. Quant à ce qu'on appelle *simulation*, il est évident qu'il y a accord parfait et consentement libre et réfléchi, quand les parties contractantes font semblant de faire un acte que réellement elles n'ont pas l'intention de faire. Seulement, il peut y avoir doute sur la question de savoir quel sera l'effet d'une pareille convention simulée. A cet égard, le droit romain pose en principe : *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. *Voy.* le titre du Code qui porte cette inscription, IV, 22, et Fr. 3, D., *de rebus creditis* 12, 1. « In contrahendo id quod agitur, pro cauto habendum est. » — Ainsi, quand les parties, ne faisant rien, ont fait semblant de faire quelque chose, rien ne sera fait. (Fr. 55, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 4, § 5, D., *de in diem addictione* 18, 2. — Fr. 30, D., *de ritu nuptiarum* 23, 3. — Fr. 3, § 2. Fr. 54, D., *de obl. et act.* 44, 7. — L. 21, C., *de transactionibus* 2, 4. — L. 1, C., *de donat. ante nuptias* 5, 3. — L. 20, C., *de donat. inter virum et uxorem* 5, 16. — L. 3, C., *de repudiis* 5, 17.) De même quand, voulant faire telle convention, les parties font semblant d'en faire une autre, c'est leur véritable intention qu'il faut considérer pour juger des conditions et des effets de l'acte. Fr. 36. 38, *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 6, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 46, D., *locati* 19, 2. — Fr. 5, § 5. Fr. 7, § 6. Fr. 32, § 24. 25, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — L. 3, C., *h. t.* 4, 22. — L. 3. C., *de contrah. emtione*

contraire à la justice et à la vérité [1]. C'est ainsi que nous avons qualifié de dol l'inexécution volontaire d'une obligation, parce que cette inexécution, causant un dommage à autrui, est contraire à la justice. Ici nous n'avons à nous occuper du *dolus* qu'en tant qu'il a pour but de tromper une partie au profit de l'autre, qui veut en retirer un avantage quelconque. Sous ce rapport, les Romains distinguaient anciennement *dolus bonus* et *dolus malus*. Par *dolus bonus*, ils entendaient la ruse et l'artifice employés pour arriver à un résultat louable ou au moins licite [2], tandis que *dolus malus* est la fraude [3] par laquelle nous obtenons un résultat quelconque aux dépens d'un autre [4]. Le droit n'ayant point à s'occuper du premier, nos sources ne font que le mentionner, tandis qu'elles consacrent plusieurs titres au *dolus malus* [5].

Le dol a pour effet de faire naître une erreur sous l'empire de laquelle la personne trompée contracte un engagement; il s'ensuit d'abord qu'il n'y a pas de convention toutes les fois que cette erreur est exclusive du consentement. En dehors de ces cas, on ne peut dire que la convention soit nulle, puisque la partie trompée a consenti [6]; mais il serait contraire à l'équité de sacrifier la bonne foi à la fraude, et de permettre que l'hon-

4, 38. Cf. L. 2. 4, C., *h. t.* 4, 22, et L. 16, C., *de donat. inter virum et uxorem* 5, 16. — *Voy.* encore ci-après, § 209, c; § 310, nos 1. 2; § 258, note 7; § 301 *in fine*, et t. III, § 317.

†† Paul, I, 8, *de dolo malo.* — Tit. D., *de dolo malo* 4, 3. — Tit. D., *de doli mali et metus exceptione* 44, 4. — Tit. Th. C., *de dolo malo* 2, 15. — Tit. I. C., *eodem* 2, 21.

[1] Même la violence est comprise dans le *dolus*. *Voy.* Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 2, § 8, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8, et ci-après, § 203, notes 6. 20.

[2] Festus, v. « *Doli* vocabulo nunc tantum in malis utimur, apud antiquos autem etiam in bonis rebus utebantur. Unde adhuc dicimus *sine dolo malo*, nimirum, quia solebat dici et bonus. » — Fr. 1, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. « Non fuit autem contentus Prætor *dolum* dicere, sed adiecit *malum*, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime, si adversus hostem latronemve quis machinaretur. » — Des exemples du *dolus bonus*, dans le sens des anciens, nous sont fournis par les exploits du πολύμητις Ὀδυσσεύς; par Donat, *ad Terentii Eunuch.* V, 5, 8, etc. *Voy.* aussi § 8, *verbis* Unde illud I., *de obl. quæ ex delicto nascuntur* 4, 1.

[3] Le mot fraus est généralement employé comme synonyme de *dolus;* mais, dans une acception particulière, il signifie le résultat du dol, le dommage causé par les manœuvres frauduleuses. Fr. 1, § 15, D., *si quid in fraudem patroni* 38, 5. « ... Fraus enim in damno accipitur pecuniario. »

[4] Fr. 1, § 2, D., *de dolo malo* 4, 3. « Dolum malum Servius quidem ita definit : machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem ait : posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur. posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem servant et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definit : dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. » Ce passage rectifie la définition d'Aquilius Gallus, qui nous a été conservée par Cicéron, *de officiis* III, 14. « Cum esset aliud simulatum, aliud actum. » — *Voy.* aussi Cic., *topica*, 9. — Paul, I, 8. — Fr. 7, § 9. 10, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 43, § 2, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[5] *Voy.* les inscriptions des titres de Paul, du Digeste et des Codes, citées ci-dessus, en tête du paragraphe.

[6] *Voy.* ci-après, l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

nête homme fût dépouillé au profit d'un homme improbe, mais rusé [7]. Les Romains ont toujours rendu hommage à ce principe de morale, mais ce n'est que par des essais successifs qu'ils sont parvenus à créer des moyens propres à lui donner l'efficacité juridique.

Dans les premiers temps, la législation n'offrait aucun moyen général de se soustraire aux suites préjudiciables du dol [8]. Les parties avaient l'habitude de se faire des promesses mutuelles par lesquelles elles s'engageaient l'une envers l'autre à payer, en cas de fraude, une somme déterminée ou des dommages et intérêts [9]. Le cas échéant, la partie trompée pouvait réclamer le payement de la somme promise au moyen de l'action résultant de la promesse, *actio ex stipulatu* [10]. Ces promesses, à cause de leur grande efficacité, restèrent en usage même après que les préteurs et la jurisprudence eurent créé les moyens suivants : D'abord, pour le cas où la convention surprise par dol n'avait pas encore été exécutée, le préteur donnait une *exceptio doli* à l'effet de repousser l'action en exécution [11]. Quand la convention avait déjà été exécutée ou que la partie trompée avait déjà subi une perte quelconque, l'exception de dol ne pouvait plus lui être utile : il fallait un moyen agressif. A cet effet, le préteur [12]

[7] Fr. 36, D., *de verborum obligat.* 45, 1. « Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest : quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio... » Cf. Gaius, IV, 115. 116 (§ 1, I., *de exceptionibus* 4, 13). — Fr. 1, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. « Hoc edicto Prætor adversus varios et dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. » — Fr. 1, § 1. Fr. 4, § 13, D., *de doli mali except.* 44, 4.

[8] Cicéron, *de officiis,* I, 10. III, 15.

[9] Le plus sûr et le plus usité était de se faire promettre une somme d'argent déterminée. *Voy.* ci-après, §§ 212. 213. 258. Mais on pouvait aussi se faire promettre des dommages et intérêts à évaluer selon les circonstances. A cet effet, on se servait des formules suivantes : Si huius rei dolus malus non aberit, quanti ea res est, dari spondes? (Fr. 19, § 1, D., *iudicatum solvi* 46, 7); Dolum malum abesse, abfuturum. (Fr. 44, § 5, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2; Fr. 4, pr. Fr. 22. 38, § 13. Fr. 53. 119. 121, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1; Fr. 69, D., *de verb. signif.* 50, 16). — Des inscriptions portent même : Iurisconsultus et dolus malus hinc abesto. *Voy.* Orelli, *inscr.* 4374. 4390. 4391. 4821. — Bruns, *fontes iuris,* p. 141, note 8.

[10] Fr. 121, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Ex ea parte cautionis : *Dolumque malum huic rei promissionique abesse, abfuturumque esse stipulatus est ille, spopondit ille,* incerti agitur, stipulationis utiliter interponendæ gratia. » — Fr. 7, § 3 in f. D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 31, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 4, § 16, D., *de doli except.* 44, 4. — Fr. 19, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[11] Gaius, IV, 116. 119. — Pr. I., *de exceptionibus* 4, 13. — Tit. D., *de doli et metus exceptione* 44, 4.—Au reste, l'*exceptio doli* peut s'appliquer encore à beaucoup d'autres cas, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, tome I, § 62, note 7.

[12] Probablement C. Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron. Cic., *de natura deorum* III, 30. « Everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius protulit. » Voyez aussi le même, *de officiis,* III, 14, où il raconte l'histoire d'un chevalier romain, Cassius, à qui un banquier de Syracuse, au moyen de manœuvres frauduleuses, sut extorquer un prix exorbitant pour une maison de campagne, lequel prix fut réglé au moyen d'un *nomen transcriptitium,* c'est-à-dire d'un *negotium stricti iuris.* Le chevalier, dit Cicéron, fut fort fâché, lorsque le lendemain, il apprit la fraude. « Sed quid faceret? Nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas. »

créa, vers la fin de la république, une action particulière, *actio de dolo* [13]. Cette action tendait à la réparation du dommage [14], et la condamnation entraînait, en outre, la peine de l'infamie [15]. Les deux remèdes dont nous venons de faire connaître sommairement la nature n'étaient pas nécessaires dans les *negotia bonæ fidei* [16]. La nature même de ces conventions mettait les parties contractantes à l'abri du dol [17]. En effet, le débiteur poursuivi en exécution n'avait pas besoin de demander au préteur une exception particulière de dol : le juge devait de droit avoir égard à toutes les objections qui pouvaient être soulevées de ce chef, alors même qu'elles ne se trouvaient point dans la formule; car comme les Romains disent : *Bonæ fidei iudicio exceptiones doli mali insunt* [18]. Et pour le cas où l'exception n'aurait plus été d'aucune utilité, par la raison que la perte, qui était le but de la fraude, aurait déjà été accomplie, la partie lésée pouvait se servir de l'action résultant du contrat même, afin de réparer le dommage souffert; car, dans cette action, le juge devait juger *ex æquo et bono, ut inter bonos agier oportet* [19]. — Dans tous les cas, que la convention fût ou non de bonne foi, la partie trompée pouvait, s'il y avait lieu, obtenir la restitution en entier [20].

Il va sans dire que l'on ne peut user de l'*actio de dolo*, ainsi que de l'*exceptio doli*, que contre celui qui s'est rendu personnellement coupable de dol [21]. — Dans les conventions de bonne foi, il faut distinguer : *a*) Si

[13] Tit. D., *de dolo malo* 4, 3. – Tit. Th. C., *eodem* 2, 15. – Tit. I. C., *eodem* 2, 21. — L'*actio de dolo* est, au reste, encore applicable à diverses autres espèces, en dehors du domaine des obligations conventionnelles. *Voy.* ci-après, § 286 *in fine.*

[14] *Voy.* ci-après, notes 23-25. 30, et § 286 *in fine.*

[15] § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. – Fr. 1, pr. D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. — Il importe de faire observer que l'*actio de dolo* est arbitraire, et que le défendeur peut éviter la condamnation par une exécution volontaire. Fr. 17, pr. Fr. 18, D., *de dolo malo* 4, 3.

[16] Il peut cependant se présenter des cas dans lesquels le dol, qui a donné lieu à un *bonæ fidei negotium,* engendre l'*actio de dolo,* savoir, lorsque les manœuvres frauduleuses ont été pratiquées par un tiers autre que celui avec lequel nous avons contracté. Fr. 18, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. « De eo, qui sciens commodasset falsa pondera, ut venditor emtori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. » Fr. 20, pr. D., *eodem. Voy.* ci-après, note 23.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 195, notes 16 et 17.

[18] *Vaticana fragm.* 94. « ... Paulus respondit : prædio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti (mulieri) doli mali exceptionem obesse, quæ tamen officio iudicis rei uxoriæ (iudicio) continetur. » – Fr. 3, D., *de rescindenda venditione* 18, 5 « ... Bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt. » – Fr. 21, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « ... Cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut ceteris bonæ fidei iudiciis. » – Fr. 84, § 5, D., *de legatis I* (30). « ... Hoc iudicium (ex vendito) fidei bonæ est, et continet in se doli mali exceptionem. » – L. 5, C., *de rescindenda venditione* 4, 44.

[19] § 5, I., *de emt. vend.* 3, 23. – Fr. 7, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. – Fr. 9, pr. D., *eodem.* « Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat. » – Fr. 11, § 5, D., *de act. emti* 19, 1. – L. 5, C., *de rescind. vend.* 4, 44. – L. 2, C., *de actionibus emti* 4, 49.

[20] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 74, n° 3.

[21] Fr. 2, § 1, D., *de doli exc.* 44, 4. « Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat

le dol a été pratiqué par la partie même avec laquelle nous avons contracté, nous pouvons nous servir contre elle de l'action et de l'exception résultant du contrat [22]. *b*) S'il a été pratiqué par un autre, il n'y a jamais lieu à opposer une exception; l'action du contrat ne peut non plus nous servir, parce que nous n'avons pas contracté avec le coupable; mais nous pouvons poursuivre ce dernier par l'*actio de dolo,* laquelle dès lors n'a d'autre but que de nous faire obtenir des dommages et intérêts [23]. — Les héritiers de la partie trompée peuvent toujours se prévaloir du droit de leur auteur. Les héritiers de celui contre lequel l'action *de dolo* aurait pu être intentée ne sont tenus que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis [24]; dans les conventions de bonne foi, ils sont tenus de la même manière que leur auteur, parce qu'ils sont, comme lui, passibles de l'action du contrat [25].

Examinons maintenant quelle est l'étendue des droits de la partie lésée. A cet égard, les auteurs modernes sont divisés d'opinions [26]. D'après les uns, il faut distinguer entre le dol qui a été la cause et le motif déterminant du contrat, de telle sorte que, sans lui, la partie trompée n'aurait pas contracté, *dolus causam dans* *, et le dol par lequel une personne, disposée d'ailleurs à contracter, est trompée sur des éléments plus ou moins accessoires de la prestation, en sorte qu'elle s'est imposé une obligation plus onéreuse qu'elle ne l'aurait fait si elle avait connu le véritable état des choses, *dolus incidens* *. Le premier, *dolus causam dans*, autoriserait à demander la résiliation de la convention, tandis que le second, *dolus incidens,* ne donnerait droit qu'à des dommages et intérêts ou à une diminution de la prestation à effectuer par la

exceptio, et quibus personis obiiciatur. Et quidem illud annotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur, non in rem : SI IN EA RE DOLO MALO FACTUM EST, sed sic : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO ACTORIS FACTUM EST. Docere igitur debet is qui obiicit exceptionem, dolo malo *actoris* factum. Nec sufficiet ei, ostendere *in re* esse dolum... Plane ex persona eius qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio, neque quæritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. » — Fr. 4, § 27-33, D., *eodem.* — Fr. 15, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. « In hac actione (de dolo) designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse. »

[22] L. 10, C., *de rescindenda venditione* 4, 44.

[23] Fr. 8. 18, pr. § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 2, D., *de proxeneticis* 50, 14. — Cf. Fr. 3, § 2, D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6. — Cf. ci-dessus, note 21.

[24] Fr. 26. 27, D., *de dolo malo* 4, 3. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, note 6.

[25] Fr. 152, § 3, D., *de reg. iuris* 50, 17. « In contractibus, quibus doli præstatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur. » — Fr. 157, § 2, D., *eodem.* — Fr. 12, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 12, D., *depositi* 16, 3. — Le § 1, *verbis* Illi quando I., *de perpetuis et temporal. act.* 4, 12, qui semble consacrer le principe opposé, doit être entendu d'un cas où il y a lieu d'intenter l'*actio de dolo.*

[26] Nous faisons abstraction ici d'une opinion qui a également trouvé des partisans et d'après laquelle le dol serait toujours une cause de nullité originaire des conventions. L'observation ajoutée au présent paragraphe a pour but de réfuter cette opinion tout à fait insoutenable.

partie trompée [27]. D'autres, en rejetant cette distinction, soutiennent que le dol est toujours une cause de résiliation, et que ce n'est que subsidiairement que la partie lésée doit se contenter du payement des dommages et intérêts [28]. Aucun de ces deux systèmes ne nous semble exact et complet. En combinant les divers passages de nos sources, nous trouvons les règles suivantes [29] qui découlent, d'ailleurs, naturellement de la division romaine en *iudicia stricti iuris* et *bonæ fidei* :

1° Dans les *negotia stricti iuris*, et toutes les fois qu'il y a lieu d'intenter une action de dol ou de demander la restitution en entier, le juge doit prononcer la résiliation du contrat : ce n'est que pour le cas où la résiliation serait impossible, ou ne dédommagerait pas entièrement la partie lésée, que cette dernière est réduite à demander des dommages et intérêts, ou la diminution de la prestation qui lui incombe [30].

2° Dans les conventions de bonne foi, la distinction de *dolus causam dans* et *dolus incidens* doit être admise avec les effets qui ont été indiqués ci-dessus [31].

Nous avons toujours jusqu'à présent raisonné dans l'hypothèse que l'une des parties contractantes seulement aurait pratiqué des manœuvres

[27] Ce système se base principalement sur les textes cités ci-après, à la note 31.

[28] C'est ce que dit, en effet, le Fr. 18, pr. § 1. 4, D., *de dolo malo* 4, 3, transcrit dans la note suivante; mais il est impossible de concilier cette règle avec les décisions transcrites à la note 31, et dès lors il faut bien la restreindre au cas pour lequel elle est donnée, c'est-à-dire à l'*actio de dolo*.

[29] Nous ne nous occupons point ici du cas où l'erreur provoquée par le dol est essentielle et, par conséquent, exclusive de consentement. Dans ce cas, en effet, la convention est nulle, non pas à cause du dol, mais à cause de l'erreur; mais la partie trompée n'en peut pas moins user des remèdes que la loi donne contre le dol. *Voy.* ce qui a été dit ci-dessus, § 201, notes 8 in f. 16.

[30] Pour l'*actio de dolo* : Fr. 18, pr. § 1. 4, D., *de dolo malo* 4, 3. « Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic, et in metus causa actione certa quantitas non adiicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit; sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari. 1. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrium iudicis dandum est. Quid enim, si manifestum sit, rem restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit. Ideoque protinus condemnari debet in id, quod intersit actoris. 4. Si cuius dolo effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait, de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit, id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur. » Fr. 7, § 3, D., *eodem*. — Pour la restitution en entier, *voy.* ci-dessus, t. I, § 74, n° 1.

[31] Rescision ou résiliation. Fr. 7, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. « ... Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, *si in hoc ipso, ut venderet*, circumscriptus est... » — Fr. 9, pr. D., *eodem*. — Fr. 11, § 5. Fr. 13, § 27, D., *emti* 19, 1. — Fr. 23, D., *locati* 19, 2. — Fr. 12, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3. « Si mulier se dicat circumventam minoris rem æstimare, ut puta servum, *si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit*, non tantum in hoc, quod minoris æstimavit, in eo actura est, ut servus sibi restituatur; enimvero *si in æstimationis modo circumventa est*, erit arbitrium mariti, utrum iustam æstimationem, an potius servum præstet. Et hæc, si servus vivit : quod si decesserit, Marcellus ait, magis æstimationem præstandam, sed non iustam, sed eam, quæ facta est; quia boni consulere mulier debet, quod fuit æstimatus... » — L. 10, C., *de distractione pignorum* 8, 28. — Diminution

frauduleuses. Si toutes les deux se sont rendues coupables de dol, aucune d'elles ne peut se prévaloir à son profit du dol de l'autre. Il en résulte que l'exécution de la convention ne peut être exigée par aucune des parties contractantes, mais que, par contre aussi, la partie qui aurait volontairement exécuté ne serait admise ni à poursuivre la rescision du contrat, ni à demander une indemnité pour le dommage qu'elle aurait subi [32].

Observation. Dans l'exposé qui précède, nous avons signalé la théorie d'après laquelle les conventions surprises par dol seraient radicalement nulles dès l'origine. Cette théorie est incompatible avec les principes. En effet, dès qu'il y a consentement sur l'objet de l'obligation qu'il s'agit de créer, il y a convention, peu importe comment le consentement a été obtenu [33]. Mais on a soutenu que la législation romaine avait dérogé à cette règle fondée dans la nature des choses, et plus d'un texte a été invoqué à l'appui de cette opinion. Il est pourtant facile de se convaincre du contraire. Le développement historique de la matière suffit pour fournir cette démonstration. Il est évident, en effet, qu'avant la création de l'exception et de l'action de dol, les conventions surprises par fraude étaient pleinement obligatoires [34], et la création de ces remèdes n'eut d'autre but que de donner un moyen de rendre l'obligation inefficace pour le tout ou en partie. Toute l'économie du droit romain prouve, d'ailleurs, cette vérité. Ainsi, c'est par l'action du contrat que nous demandons, dans les *negotia bonæ fidei*, la rescision de l'obligation surprise par dol ou des dommages et intérêts [35] ; nous pouvons faire novation d'une dette contractée par suite de manœuvres frauduleuses, ce qui

de prestation ou indemnité. Fr. 68, § 1. 2, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 4, pr. Fr. 32, D., *emti* 19, 1. — Fr. 13, § 4. 5, D., *eodem*. « 4. Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, emti eum iudicio teneri, ut præstet emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus. — Fr. 6, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 12, § 1, D., *eodem*, transcrit plus haut.

[32] Fr. 36, D., *de dolo malo* 4, 3. « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. » — Fr. 34, § 3, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « ... a neutra parte obligatio contrahitur. — Fr. 57, § 3, D., *eodem*. « ... nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando. » — Fr. 4, § 13, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. « Marcellus ait : adversus doli exceptionem non dari replicationem doli.... » — Fr. 154, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris ; neque enim datur talis replicatio petitori : *aut si rei quoque in ea re dolo actum sit*. Illi debet permitti pœnam petere, qui in ipsam non incidit. »

[33] *Voy.* ci-dessus, § 201, note 11. — On peut appliquer à la convention surprise par dol ce que Paul (Fr. 21, § 5, D., *quod metus causa* 4, 2) dit de celle extorquée par violence, en modifiant un mot de la phrase : *Quamvis, si liberum fuisset noluissem, tamen deceptus volui*. *Voy.* ci-après, § 203, note 2.

[34] C'est même pour cette raison qu'il était nécessaire de créer les remèdes contre le dol, qui auraient été parfaitement inutiles, si les conventions surprises par fraude n'avaient pas produit d'obligation. *Voy.* ci-dessus, notes 7 et suivantes.

[35] Ce fait seul, à la vérité, ne serait pas décisif pour la question. *Voy.* ci-dessus, § 199, Observation 1.

suppose nécessairement que cette dette existe de droit [36]; la tradition d'une chose, motivée par des manœuvres frauduleuses, n'en transfère pas moins la propriété [37]; la personne qui a pratiqué le dol ne peut se soustraire à l'exécution de l'engagement, d'où il résulte clairement qu'il y a obligation [38]; enfin, si les partisans de la nullité originaire se prévalent de ce que la loi accorde la restitution en entier contre les actes frauduleux et en ordonne la rescision, ils emploient un argument qui tourne contre eux. Il est évident, en effet, que, si ces actes étaient nuls, il serait non-seulement inutile, mais impossible, de les rescinder; car on ne peut rescinder que ce qui existe. — En présence de ces faits, il n'est donc point permis de soutenir la nullité originaire des conventions surprises par dol, et si quelques textes semblent favoriser cette opinion, il est certain que les termes qui y sont employés ne doivent pas être pris dans leur sens rigoureux [39]. Le législateur romain ne déroge point au principe, fondé dans la nature des choses, et d'après lequel la convention surprise par dol forme un lien obligatoire, mais il offre à la partie trompée des remèdes légaux à l'effet de paralyser l'efficacité de ce lien pour le tout ou en partie [40].

§ 203. *De la violence* †.

La violence, *vis*, que l'on exerce à notre égard pour nous contraindre à un acte, peut être physique ou morale. Quand elle est physique, il n'y a

[36] Cicéron, *de officiis*, III, 14. — *Consultatio veteris icti*, IX, 9. – Fr. 19, D., *de novationibus* 46, 2, et ci-après, § 293, n° 1.

[37] L. 10, C., *de rescindenda venditione* 4, 44, et ci-dessus, t. I, § 106, c.

[38] Fr. 13, § 27. 28, D., *emti* 19, 1. – L. 30, C., *de transactionibus* 2, 4.

[39] Cela s'applique surtout au Fr. 16, § 1, D., *de minoribus* 4, 4, qui dit que dans le cas où nous avons été déterminé par des manœuvres frauduleuses à faire un contrat de société, NULLA *est societas*. Le mot *nulla* s'emploie de préférence pour désigner la non-existence, la nullité originaire d'un acte; mais il est aussi fréquemment employé comme synonyme du terme *inefficax*.— Les passages dans lesquels les conventions surprises par dol sont qualifiées de *nullius momenti*, *irritæ*, etc., sont encore moins concluants, surtout si l'on prend les textes dans leur ensemble. Fr. 3, § 3, D., *pro socio* 17, 2, ci-après, note 40. – Fr. 5, § 2, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. – Fr. 22, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. – L. 1. 5, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. – Cf. Dirksen, *Manuale latinitatis*, v^is^ *Irritus. Momentum*, § 3. *Nullus*, § 2. 3. — L'interprétation du Fr. 7, pr. D., *de dolo malo* 4, 3, présente de très-grandes difficultés; mais ce texte ne se rapporte point à notre question, car il s'y agit de manœuvres frauduleuses pratiquées par une personne tierce et non pas d'un dol commis par l'une des parties contractantes.

[40] Beaucoup d'auteurs admettent une dérogation spéciale pour le contrat de société, en invoquant le Fr. 16, § 1, D., *de minoribus* 4, 4, dont nous avons déjà parlé à la note précédente, et le Fr 3, § 3, D., *pro socio* 17, 2. « Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia bona fides contraria est fraudi et dolo. » Mais il est plus naturel d'entendre ce passage, non pas d'une société surprise par dol, mais d'une société contractée *librement* par les parties, dans l'intention de faire des opérations frauduleuses, *fraudandi causa*.

† Tit. D., *quod metus causa gestum erit* 4, 2. – Tit. D., *de doli mali et metus exceptione* 44, 4. – Tit. C., *de his quæ vi metusve causa gesta sunt* 2, 20.

pas de consentement, et partant pas de convention. Quand elle est morale, au contraire, c'est-à-dire quand nous nous résignons à faire quelque chose par la crainte d'être exposé à un mal dont quelqu'un nous menace, *metus* [1], on ne peut pas dire qu'il n'y ait pas de consentement : la convention existe; car, comme le dit Paul, *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui* [2]. Cependant, l'équité ne permettant pas de tirer profit d'un fait illicite, le préteur cherche à protéger la victime de la violence contre les suites préjudiciables de l'acte qui lui a été extorqué [3]. A cet effet, il lui donne une *exceptio quod metus causa* contre l'action par laquelle l'exécution de la promesse serait poursuivie. Au cas que l'exception ne servirait pas efficacement, par la raison que la convention aurait été exécutée aussitôt que conclue ou pour tout autre motif, le préteur accorde même une *actio quod metus causa*, afin de réparer le dommage causé par la violence [4]. Comme dernier moyen subsidiaire, la partie lésée a la faculté d'implorer la restitution en entier [5].

On ne peut méconnaître l'analogie qui existe entre les moyens légaux contre le dol et les *exceptio* et *actio quod metus causa* [6]. Cependant ces dernières se distinguent parce qu'elles ne sont pas *in personam*, mais *in*

[1] La violence, *vis*, fait naître la crainte, *metus*, qui, à son tour, nous engage à consentir. Fr. 1, D., *quod metus causa* 4, 2. « Ait Prætor : QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO. Olim ita edicebatur : QUOD VI METUSVE CAUSA. *Vis* enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati... sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id *metu* quoque fieri videatur. »

[2] Fr. 21, § 5, D., *h. t.* Cf. Fr. 21, § 4, D., *eodem*, et Fr. 22, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. — Quelques auteurs ont prétendu que la violence empêchait la convention d'exister, au moins dans la constitution de dot, en invoquant les Fr. 21, § 5, D., *h. t.*, et Fr. 116, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. Mais il faut appliquer à ces textes le raisonnement que nous avons fait valoir, en traitant des effets du dol, au paragraphe précédent, notes 39. 40. Pour le Fr. 6, § 7, D., *de adquirenda hereditate* 28, 5, *voy.* ci-après, t. III, § 395, note 89. — Cependant la manumission d'un esclave extorquée par violence est déclarée nulle, par la raison toute spéciale que les Romains n'admettaient point la rescision de la liberté. DOSITHEUS, *de manumissionibus*, 7; Fr. 9, pr. Fr. 17, pr. D., *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* 40, 9. — Fr. 24, D., *de dolo malo* 4, 3; Fr. 9, § 6. Fr. 10, D., *de minoribus* 4, 4. — *Voy.* cependant Fr. 9, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2.

[3] D'après CICÉRON, *in Verrem*, II, 3, 65, l'action *quod per vim aut metum abstulisset* devrait son origine à un préteur Octavius, *formula Octaviana*. Cf. LE MÊME, *ad Quintum fratrem*, I, 1, 7.

[4] Fr. 9, § 2, sqq. Fr. 12, § 2. Fr. 14, pr. Fr. 21, § 4. 5. 6, D., *h. t.* — Fr. 4, § 33, D., *de doli mali et metus exceptione* 44, 4. — Dans les *bonæ fidei negotia*, ces moyens n'étaient pas indispensables, puisque l'action et l'exception du contrat suffisaient pour mettre la victime de la violence à l'abri des conséquences défavorables de l'acte. Mais l'*actio* et l'*exceptio quod metus causa* étaient plus avantageuses. *Voy.* Fr. 21, § 4, D., *h. t.* — Fr. 116, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 1. 8, C., *de rescindenda venditione* 4, 44, et les notes suivantes.

[5] *Voy.* t. I, § 74, n° 2.

[6] Fr. 4, § 33, D., *de doli mali et metus except.* 44, 4. « Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quæ est *generalis*. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid a doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est : *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit aliquid, sed

rem scriptæ [7]; c'est-à-dire qu'elles peuvent être employées non-seulement contre la personne qui a exercé la violence à notre égard, mais également contre celle qui aurait tiré un profit de l'acte obtenu par la violence, ou qui se trouverait seulement en possession de la chose extorquée, alors même qu'elle aurait acquis la chose de la manière la plus légale [8]. Ainsi nous opposerons l'*exceptio quod metus causa,* encore que la violence aurait été exercée envers nous par un tiers [9] et à l'insu de la personne avec laquelle nous avons contracté [10]. Dans la même hypothèse, l'*actio quod metus causa* est donnée contre cette dernière; mais il est également permis de la diriger contre toute autre personne qui se trouve en possession de la chose extorquée [11].

En ce qui concerne spécialement l'*actio quod metus causa,* il est à

an omnino metus causa factum sit in hac re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obiici possit. »

[7] C'est à propos de l'*actio quod metus causa* qu'Ulpien emploie la locution *in rem scripta,* qui est devenue un terme technique chez les commentateurs, mais qui ne se rencontre que deux fois dans nos sources. Fr. 9, § 8, D., *h. t.*, et Fr. 4, § 33, D., *de doli mali et metus except.* 44, 4. — *Voy.* ci-dessus, t. I, § 50, III.

[8] Il est impossible de justifier, au point de vue des principes, cette énormité du droit romain. Mais elle est historiquement expliquée dans quelques passages. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* « Animadvertendum autem quod Prætor hoc edicto GENERALITER ET IN REM loquitur, nec adiicit A QUO gestum..., » combiné avec Fr. 2, § 1, D., *de doli mali except.*, 44, 2... « Et quidem illud adnotandum est quod specialiter exprimendum est de cuius dolo quis queratur, non IN REM : *Si in ea re dolo malo factum est;* sed sic : *Si in ea re nihil dolo malo* ACTORIS *factum est.* Docere igitur debet is qui obiicit exceptionem, dolo malo actoris factum; nec sufficit ei, ostendere IN RE esse dolum... » — Fr. 14, § 3, D., *h. t.* « In hac actione non quæritur, is qui convenitur an alius metum fecit : sufficit enim docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam, *cum metus habeat in se ignorantiam,* merito quis non adstringitur, ut designet quis ei metum vel vim adhibuit... »

[9] Fr. 4, § 33, D., *de doli et metus exc.* 44, 4 (ci-dessus, note 6). Plusieurs auteurs, trouvant cette disposition trop absolue, ont voulu établir diverses distinctions plus ou moins conformes à l'équité, mais non sanctionnées par la loi romaine. C'est mal à propos qu'on a invoqué le Fr. 9, § 1, D., *quod metus causa* 4, 2 : « Sed licet vim factam a quocumque Prætor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait : si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere; ego enim operæ potius meæ mercedem accepisse videor; » ainsi que le Fr. 34, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. Il est évident que le cas dont il est question dans ces passages appartient à un ordre d'idées tout à fait différent. La libéralité, en effet, dont il s'agit, bien qu'elle soit accordée à propos d'une crainte de violence, a pour cause le désir d'obtenir le secours de la personne à laquelle nous donnons ou promettons la récompense.

[10] On a prétendu le contraire, à cause des mots *sciente emtore,* qui se trouvent dans la L. 5, C., *de his quæ vi* 2, 20. Mais cette constitution, qui est un rescrit donné pour un cas particulier, ne fait probablement que répéter les faits de l'espèce, sans qu'on puisse en inférer que ces faits soient nécessaires en thèse générale. Il est à remarquer que les mots cités manquent dans les *Basiliques* X, 2, 28. Cf. L. 2, C., *de servitutibus* 3, 34, ci-dessus, t. I, § 142, note 9 *in fine.*

[11] Fr. 9, § 8. Fr. 14, § 3 in pr. § 3, D., *quod metus causa* 4, 2. — L. 1. 5, C., *eodem,* 2. 20. — *Voy.* aussi la L. 3, C., *eodem.*

remarquer qu'elle est arbitraire et pénale, en ce sens que la condamnation porte payement de la quadruple valeur du dommage causé [12], au cas que le défendeur ne ferait pas volontairement la restitution, qui est le véritable but de la demande [13]. Elle est accordée à la victime et à ses héritiers. Plusieurs coupables sont tenus *in solidum*, et le payement fait par l'un d'eux a pour effet de libérer les autres [14]. Les héritiers sont tenus en tant qu'ils se trouvent enrichis [15].

Pour que la violence produise les effets que nous venons d'indiquer, il faut avant tout qu'elle soit injuste, c'est-à-dire que la personne qui l'exerce n'ait pas eu le droit de l'exercer [16]. Il faut, de plus, qu'elle soit de nature à faire impression sur un homme raisonnable et à lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent [17]. La seule crainte révérentielle envers des personnes auxquelles nous devons le respect, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour faire rescinder la convention [18].

Un acte ne peut plus être attaqué pour cause de violence, s'il a été approuvé ou volontairement exécuté après que la violence a cessé [19].

Observation. Les commentateurs ont établi, par rapport à la violence, une distinction analogue à celle du dol, en *metus causam dans* * et *metus incidens* *. Cette distinction n'est fondée sur aucun texte. La violence a toujours pour effet d'amener la rescision de la convention. Si la partie lésée s'en prévaut par voie d'exception, elle se soustrait à l'exécution; si elle intente l'*actio quod metus causa*, elle obtient la restitution de la chose

[12] Fr. 14, § 1. 2, D., *quod metus causa* 4, 2. « Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne quodcunque restitui oportuit. Satis enim clementer cum reo Prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur; sed non semper, sed causa cognita. » Pour l'évaluation du dommage, voyez Fr. 14, § 7. 10. 14, D., *eodem*. « 7. Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est, cum fructibus et omni causa. » — Fr. 12, pr. Fr. 41, § 2, D., *eodem*. — Après l'année, l'*actio quod metus causa* n'est plus donnée que *in simplum*. *Voy.* Fr. 14, § 1, D., *h. t.*, cité au commencement de cette note, et ci-dessus, t. I, § 59, note 7.

[13] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 14, § 3. 4, D., *h. t.* « Hæc autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere; quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur. »

[14] Fr. 14, § 15. Fr. 15, D., *h. t.*

[15] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, notes 6. 8, et Fr. 16, § 2. Fr. 17. 18. 19, D., *h. t.*

[16] Fr. 3, § 1. Fr. 7. 8. 21, pr. Fr. 22. 23, § 2, D., *h. t.* — L. 10, C., *eodem*.

[17] Fr. 1, D., *eodem*. « ..... Metus autem instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. » Fr. 2. 4. 5, D., *eodem*. — Fr. 6, D., *eodem*. « Non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat... » — Fr. 7, D., *eodem*. Fr. 8, § 3, D., *eodem*. « .... Nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis .. » — Fr. 9, pr. D., *eodem*. « Metum autem præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius. » — L. 15, C., *de transactionibus* 2, 4. — L. 7. 8-10, C., *h. t.* — L. 8, C., *de rescindenda venditione* 4, 44.

[18] Fr. 22, D., *de ritu nupt.* 23, 2. — L. 6, C., *de his quæ vi* 2, 20. — *Voy.* cependant Fr. 1, § 6. D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5.

[19] L. 2, C., *de his quæ vi metusve causa gesta sunt* 2, 20.

extorquée ou, à défaut de la restitution, la quadruple valeur. Mais la victime de la violence peut, si elle le préfère, s'en tenir aux remèdes contre le dol, car la notion de la violence est comprise dans celle du dol [20].

DE L'EFFET DES CONVENTIONS.

§ 204. *De l'effet des conventions à l'égard des parties contractantes. Règles générales.*

La convention valable a pour effet de créer entre les parties contractantes une obligation, qui peut être civile ou simplement naturelle, d'après les règles exposées au § 193. Cette obligation fait partie de leur patrimoine, tant activement que passivement, et à ce titre elle passe à leurs héritiers respectifs [1]. Dans certains cas cependant, la nature de l'obligation s'oppose à ce qu'elle puisse être continuée par les héritiers, savoir, lorsqu'elle repose exclusivement sur des considérations individuelles, comme dans le mandat et dans la société pour les deux parties; dans le louage de services, pour la partie qui s'est engagée à fournir les services [2].

L'obligation créée par la convention naît, en général, au moment même de la convention conclue et peut dès lors être poursuivie par le créancier. Dans les conventions synallagmatiques cependant, qui font naître deux obligations corrélatives [3], la prestation qui fait l'objet de l'une ne peut être exigée qu'en tant que la prestation correspondante soit également fournie [4]. Lors donc que l'une des parties poursuivrait l'exécution, sans avoir exécuté elle-même ou sans offrir, au moins, la prestation qui lui incombe, elle peut être repoussée par une *exceptio doli* [5]. Les commentateurs ont l'habitude de donner à ce moyen le nom d'*exceptio non*

[20] Fr. 14, § 13, D., *h. t.* — Fr. 2, § 8, D., *de vi bonorum raptorum* 47, 8.

[1] Ou, comme on dit communément : *Stipulamur nobis heredibusque nostris. Voy.*, sur l'application de ce proverbe, dans l'ancien droit, ci-après, § 245.

[2] *Voy.* ci-après, § 224, nos 4. 5 ; § 228, B, 1 ; § 219, no 4.

[3] Il se peut que, pour des raisons particulières, une convention synallagmatique ne produise d'obligation qu'à la charge de l'une des parties. Nous en avons vu un exemple dans la vente d'une chose hors du commerce, le vendeur étant *in dolo*, ci-dessus, § 199, OBSERVATION 1. Nous en verrons d'autres quand nous traiterons de la tutelle, t. III, § 346, notes 10 et suivantes.

[4] GAIUS, III, 136 (§ 3, I., *de consensu obligatione* 3, 22. — Fr. 2, D., *de obl. et act.* 44, 7). — Fr. 19, *verbis* Contractum autem D., *de verb. signif.* 50, 16. — Régulièrement les deux parties peuvent exiger que les deux obligations réciproques s'exécutent simultanément, à moins qu'il n'y ait terme convenu ou sous-entendu pour l'exécution de l'une des prestations. Cf. Fr. 24, § 2, D., *locati* 19, 2, et ci-après, § 216, note 21.

[5] Fr. 25, D., *emti* 19, 1. « Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum, petentem pretium, exceptione uti poterit : SI EA PECUNIA QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUÆ VENIT, NEQUE TRADITA EST. » — Fr. 13, § 8, D., *eodem.* « Offerri pretium ab emtore debet cum ex emto agitur : et ideo, etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit. » — Fr. 14, § 1,

adimpleti contractus *, et de dire que cette exception présente une particularité anomale, en ce que le défendeur qui l'oppose n'aurait pas besoin de la prouver. Cette thèse, dont l'effet serait de détruire toute la théorie de la preuve, n'est point fondée. La vérité est que l'exception dont il s'agit découle naturellement du contrat et constitue, par conséquent, une simple exception de dol que le défendeur doit prouver comme toute autre exception [6]. Seulement, de fait, il aura rarement besoin d'en fournir la preuve, par la raison qu'elle aura déjà été implicitement et naturellement fournie par l'action du demandeur. Celui-ci, en effet, pour établir le fondement de sa demande, a dû invoquer le contrat et avouer ainsi d'avance l'obligation qui lui incombe. Or, comme un droit dont la création se trouve établie est censé subsister tant que son extinction n'est pas démontrée [7], le défendeur n'a plus besoin de prouver l'existence de l'obligation avouée. Il en serait autrement cependant si, par des circonstances particulières, l'action du demandeur ne contenait pas virtuellement la preuve de l'exception opposée par le défendeur : dans ce cas, en effet, ce dernier serait obligé de fournir cette preuve [8]. La soi-disant *exceptio non adimpleti contractus* ne s'écarte donc en rien des règles générales sur la preuve [9].

Le lien obligatoire qui a été créé par la volonté des deux parties ne peut, en thèse générale [10], être dissous par la volonté isolée de l'une d'elles, alors même que l'autre partie manquerait à ses engagements [11]. Ce n'est

D., *de furtis* 47, 2. « ... Iulianus... scribit : Si emtor rem, cuius custodiam venditorem præstare oportebat, soluto pretio subripuerit, furti actione non tenetur. Plane si, antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset. » — Fr. 31, in f. D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 22, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 57, pr. D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — L. 8, in f. C., *emti* 4, 59. — L. 21, in f. C., *de pactis* 2, 3. « ... Nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea, quæ placita sunt, adimplere paratus sit. »

6 Gaius, IV, 126. — Fr. 25, D., *emti* 19, 1, à la note précédente. — Fr. 5, § 4, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. — L. 5, C., *de evictionibus* 8, 45.

7 *Voy.* ci-dessus, t. I, § 67, note 1.

8 Exemple : Dans un contrat de vente, les parties sont convenues que l'acheteur ne sera tenu de payer le prix que trois mois après la livraison de la chose. Par une convention postérieure, on abolit ce délai. Si l'acheteur agit en délivrance, le vendeur pourra repousser la demande par l'*exceptio non adimpleti contractus ;* mais il devra fournir la preuve de son exception.

9 Ce que nous venons de dire de l'*exceptio non adimpleti contractus* s'applique également à la défense que les commentateurs appellent *exceptio non rite adimpleti contractus* *, et par laquelle le défendeur, tout en convenant des faits que l'adversaire produit comme constituant une exécution de sa part, soutient que la prestation opérée est insuffisante et n'a pas le caractère d'une véritable *solutio*. Dans cette hypothèse, le défendeur sera de fait, la plupart du temps, obligé de *fournir* la preuve de son assertion; cependant, il peut se faire aussi que la quittance produite par l'adversaire renferme virtuellement la preuve du *contractus* non rite *adimpletus*.

10 Nous disons : en thèse générale : Il est, en effet, des rapports obligatoires dont la continuation dépend de la volonté commune et qui, par conséquent, cessent si l'une des parties change de volonté. Tels sont le mandat, ainsi que la société et le louage contractés sans fixation de terme.

11 *Voy.* ci-après, § 295, et L. 5, C., *de obl. et act.* 4, 10. « Sicut initio libera potestas uni-

que dans une catégorie spéciale de conventions, vulgairement désignées par le nom de contrats innommés, que la partie qui a exécuté la prestation dont elle était tenue peut se prévaloir de cette inexécution pour résilier le contrat. Cette faculté est vulgairement appelée *ius pœnitendi* [12].

§ 205. *Modifications.* Dies, condicio, modus †.

Les effets naturels des conventions peuvent subir, par la volonté des parties mêmes, diverses modifications, parmi lesquelles on distingue particulièrement, à cause de leur usage fréquent, la condition, le terme et le mode. — Nous avons fait connaître sommairement la nature et les effets de ces trois institutions quand nous nous sommes occupé des Actes juridiques en général, ci-dessus, tome I, § 36; il nous reste à les examiner de plus près dans leurs applications aux conventions.

I. La condition, *condicio,* est un événement futur et incertain dont les parties font dépendre l'efficacité de la convention [1]. — Les conditions peuvent varier à l'infini, sans que cette variété produise une diversité

cuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest. Quapropter intelligere debetis, voluntariæ obligationi semel vos nexos ab hac, non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere. » — L. 8, C., *de contrah. emtione* 4, 38. « Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, *non eorum quæ dedisti repetitio competit.* » — L. 12, C., *eodem.* — L. 14, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. — Cf. L. 12, C., *de rei vindicatione* 3, 32. — L. 6, C., *emti* 4, 49.

[12] *Voy.* ci-après, § 243.

† Tit. D., *de condicionibus institutionum* 28, 7. — Tit. D., *de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quæ in testamento scribuntur* 35, 1. — Tit. C., *de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis* 6, 25. — Tit. C., *de his, quæ sub modo legata relinquuntur* 6, 45. — Tit. C., *de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus* 6, 46. — Tit. C., *de donationibus quæ sub modo vel condicione vel certo tempore conficiuntur* 8, 55.

[1] Un événement futur, mais certain, constitue un terme, et non pas une condition. § 6 in f. I., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Fr. 79, pr. § 1, D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. « Qui sub condicione stipulatur quæ omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. » Cf. ci-après, note 8, et § 11, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. — Fr. 17. 18, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 50, § 1, D., *de heredibus instituendis* 28, 5. — Fr. 28, § 7, D., *h. t.* 28, 7. — Fr. 7. 8, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Un événement qui n'est pas futur n'est pas une condition non plus, alors même qu'il serait incertain. § 6, I., *de verborum obligationibus* 3, 15. « Condiciones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut *statim infirmant* obligationem, aut *omnino non differunt :* veluti, si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim *per rerum natura sunt certa,* non morantur obligationem, licet *apud nos incerta sint.* » — Fr. 37. 38, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 16, D., *de iniusto testamento* 28, 3. — Fr. 10, § 1, D., *h. t.* 28, 7. « ... Cum *nulla sit condicio,* quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti, si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat. » — Fr. 3, § 13, D., *de bonis libertorum* 38, 2. — Fr. 100. 120, D., *de verb. obl.* 45, 1. Par contre, une modalité qui se présente sous la forme d'un terme, *dies,* constitue une condition si l'événement auquel elle se rapporte est incertain, *dies incertus an* *. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 36, notes 16-19, et ci-après, t. III, § 387, I.

d'effets. L'école a cependant admis certaines divisions qui doivent leur origine aux sources mêmes de notre droit [2]. Ainsi l'on distingue : 1° les conditions possibles et impossibles, selon que l'événement qui constitue la condition est possible ou impossible, soit physiquement, soit légalement ou moralement [3]. 2° La condition est appelée potestative quand elle dépend de la volonté ou du fait de l'une des parties contractantes; casuelle, quand l'accomplissement n'en est point au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties; mixte, quand elle dépend en partie de la volonté ou du fait de l'un des contractants et en partie de circonstances qui lui sont étrangères [4]. Cette division n'a aucune importance réelle; nous sommes cependant obligé de nous en occuper un instant par la raison qu'elle a servi de base à une prétendue règle de droit qui est inexacte ou au moins équivoque. On dit souvent, en effet, que la convention contractée sous une condition potestative de la part du débiteur est nulle. Cette proposition serait erronée si l'on prenait le mot « potestatif » dans le sens indiqué ci-dessus; mais on veut dire par là que la convention dans laquelle les parties font dépendre l'existence d'une obligation de la seule volonté du débiteur, est sans effet. Cela est trivial, mais vrai, puisque,

[2] Nos sources contiennent encore d'autres divisions absolument oiseuses. Fr. 60, pr. D., *h. t.* 35, 1. « In facto consistentes condiciones varietatem habent et quasi tripartitam recipiunt divisionem : ut quid *detur*, ut quid *faciat*, ut quid *obtingat*... » Au Fr. 11, § 1, D., *eodem*, Paul parle d'une division en *condiciones promiscuæ* et *non promiscuæ*, sur laquelle nous aurons à revenir, ci-après, t. III, § 387, II.

[3] Gaius, III, 98. 99. — Paul, III, 4 b, 1. — § 11, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. « Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat : veluti, si ita quis dixerit : *Si digito cœlum attigeris, dare spondes?* »—§ 24, I., *eodem.* — Fr. 9, § 6, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 17. 18, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 50, § 1, D., *de hered. instit.* 28, 5.—Fr. 6. 14. 15, D., *h. t.* 28, 7.—Fr. 72, § 7, D., *h. t.* 35, 1.—Fr. 1, § 11, D., Fr. 31, D., *de obligat. et act.* 44, 7. — Fr. 7. 8. 35, pr. § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 137, § 6, D., *eodem.* « Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et huiusmodi res, quæ publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omnino condicio iure impleri non potest, et si velit facere, ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, *perinde ac si ea condicio, quæ natura impossibilis est, inserta esset.* Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio. »—Fr. 13, § 1, D., *de pollicitationibus* 50, 12. Exemples de conditions contraires aux bonnes mœurs d'après les idées romaines : « Si ab hostibus patrem suum non redemerit; si parentibus suis patronove alimenta non præstiterit (Fr. 9, D., *h. t.* 28, 7). Stipulatio hoc modo concepta : Si heredem me non feceris (Fr. 61, D., *de verb. obl.* 45, 1). Si non nupserit (Fr. 22. 72, § 5, D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 100, D., *de verb. obl.* 45, 1). Condicio viduitatis (Fr. 62, § 2. Fr. 63, D., *h. t.* 35, 1; L. 2, C., *de indicta viduitate* 6, 40). Si arbitratu Titii Seia nupserit (Fr. 72, § 4, D., *h. t.* 35, 1). Si in illa civitate domicilium habeat. » Cette condition restreint la liberté individuelle de demeurer où nous voulons (Fr. 71, § 2, D., *eodem.*) — *Voy.* encore ci-après, t. III, § 387, II.

[4] L. 1, § 7, C., *de caducis tollendis* 6, 51. « Sin autem aliquid sub condicione relinquitur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate vel ex utroque pendeat... » Cf. Fr. 78, § 1, D., *hoc titulo.*—L. 6, C., *de necessariis heredibus* 6, 27. Exemples : *Si servum manumiseris—si Titius consul factus fuerit—si Meviam uxorem duxeris.* — Cf. ci-après, t. III, § 387, II.

dans ce cas, il n'y a point de lien obligatoire [5].—Quant à la première de nos divisions, elle a une certaine importance [6]. En effet, si l'efficacité de la convention dépend de l'accomplissement d'une condition physiquement impossible, l'acte est frappé de nullité, puisqu'il est, dès l'origine, certain que la condition ne peut ni ne doit s'accomplir [7]. Par la raison inverse, l'acte est pur et simple quand l'efficacité en dépend du NON-accomplissement d'une condition physiquement impossible [8]. Les mêmes règles s'appliquent aux conditions légalement impossibles [9]; mais pour les conditions que l'on appelle moralement impossibles, il y a des nuances qui cependant sont toutes dominées par le principe qu'un fait immoral ne doit pas être pour l'agent la cause d'un avantage. Ainsi sont nulles les conventions par lesquelles l'acquisition d'un droit nous est promise à condition d'accomplir un fait immoral [10]. On agit avec la même rigueur quand nous

[5] *Voy.* ci-dessus, § 199, note 1, et Fr. 8, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Sub hac condicione, *si volam*, nulla fit obligatio; pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis. » — L. 13, C., *de contrah. emtione* 4, 38. — Fr. 46, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Illam autem stipulationem, *si volueris dare*, inutilem esse constat. » Il en est autrement de la stipulation : CUM VOLUERIS DARE. Cf. ci-après, notes 44. 45.

[6] On a fait observer qu'il est peu logique d'appeler *impossibles* les conditions qui ont pour objet un fait illicite ou immoral, par la raison que rien n'est plus possible que de commettre un pareil fait. L'observation est fondée ; il est de plus certain que cette terminologie a produit des erreurs parce qu'elle a engagé des interprètes modernes à appliquer aux conditions, dites moralement impossibles, des règles qui ne sont vraies que pour les conditions physiquement et légalement impossibles. Cependant, quand on considère la fin du Fr. 15, D., *h. t.*, transcrit ci-après, note 10, et qu'on tient compte de la règle d'après laquelle, dans les dispositions testamentaires, toutes les conditions impossibles sont considérées comme non écrites (ci-après, notes 8-11), on ne peut méconnaître que l'assimilation critiquée paraît conforme aux idées romaines. Quant aux erreurs, nous les évitons, comme on peut s'en convaincre, en lisant, ci-après, les notes 10-13.

[7] GAIUS, III, 98. — § 11, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « Si impossibilis condicio obligationibus adiicitur, nihil valet stipulatio. » — Fr. 9, § 6, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 20 in f. D., *h. t.* 28, 7. — Fr. 1, § 11. Fr. 31, D., *de obl. et act.* 44, 7. « 31. Non solum stipulationes impossibili condicioni adplicatæ nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus... : quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, *ut nihil agi existiment*, apposita ea condicione quam *sciant* esse impossibilem. » — Fr. 7. 8 in f. Fr. 35, pr. Fr. 131, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 137, § 6 D., *eodem*, ci-dessus, note 3. — Fr. 29, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Il en est autrement des dispositions testamentaires, dans lesquelles toute condition impossible est considérée comme non écrite, sauf intention contraire du testateur. *Voy.* t. III, § 387, II.

[8] § 11, I., *de inutil. stip.* 3, 19. « At si ita stipuletur : *si digito cœlum non attigero, dare spondes?* pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest. » — Fr. 18, D., *de condictione indebiti* 12, 6. — Fr. 50, § 1, D., *de hered. instit.* 28, 5. — Fr. 79, pr. D., *h. t.* 35, 1. « ... Non potest enim condicio non existere. » — Fr. 7 in f. Fr. 8, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de novationibus* 46, 2.

[9] Fr. 137, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... nullius momenti fore stipulationem, perinde ac si ea condicio quæ natura impossibilis est, inserta esset... » Cf. Fr. 35, pr. D., *eodem*. — Dans les dispositions testamentaires, les conditions légalement impossibles sont considérées comme non écrites. *Voy.* l'observation finale de la note 7.

[10] § 24, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. — Fr. 15 in f. D., *h. t.* 28, 7. « .... Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores

nous faisons promettre un avantage pour ne pas commettre un fait immoral ou pour faire ce que nous avons le devoir de faire [11]. Mais rien ne s'oppose à ce que quelqu'un s'engage à une prestation en notre faveur pour le cas où un tiers commettrait un fait immoral ou illicite [12]; et il va de soi que nous pouvons nous engager à faire une prestation à titre de peine au cas où nous nous rendrions nous-même coupable d'un fait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs [13].

Les jurisconsultes modernes admettent encore une division, prétendue-ment fondée sur la diversité de l'effet à produire par la condition, en conditions suspensives et conditions résolutoires. On donne le premier nom aux conditions ajoutées à un acte qui a pour but de créer un droit, tandis qu'on appelle résolutoires celles qui sont ajoutées à un acte ayant pour but d'éteindre ou de résilier un droit. Cette terminologie, quoique généralement adoptée, manque de justesse et d'exactitude. Toute condition est suspensive; car toute condition, sans exception, suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée, et c'est précisément là ce qui constitue l'essence de la condition. Il est donc contraire aux règles de la logique d'attribuer exclusivement à une espèce le nom générique qui convient à toutes les conditions. Ce qui a donné lieu à cette dénomination inexacte, c'est que souvent on joint à l'acte qui crée un rapport obligatoire un second acte qui a pour but de résilier éventuellement ce même rapport. Par exemple : « Je vous vends ma maison à tel prix; mais la vente sera résiliée ou comme non avenue, si vous ne me payez pas le prix dans huit jours. » Dans ce cas, nous avons d'abord une convention qui crée les rapports de droit résultant d'une vente, et en second lieu, une convention qui a pour but de résilier ces rapports. Or, comme l'effet de cette seconde disposition dépend d'une condition, on dit erronément que les deux conventions constituent un contrat de vente conclu sous condition résolutoire, quoique, en réalité, il y ait deux actes dont l'un contient une

fiunt, NEC FACERE NOS POSSE CREDENDUM EST. » — Fr. 9. 27, D., *eodem*. — Fr. 71, § 2, D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 26. 27. 35. § 1. Fr. 123, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 137, § 6, D., *eodem*, ci-dessus, note 3. — L. 5, C., *de institutionibus* 6, 25. — Dans les dispositions testamentaires, les conditions contraires aux bonnes mœurs, ainsi que toutes les conditions impossibles, sont considérées comme non écrites. *Voy.* ci-dessus, notes 6. 7. 9, et ci-après, t. III, § 387, II.

[11] Fr. 7, § 3, D., *de pactis* 2, 14. « Si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. » — Arg. Fr. 1, § 2. Fr. 2. 4, § 2, D., *de condict. ob turpem causam* 12, 5; Fr. 5, *verbis* Et si acceperit D., *de tutelæ actione* 27, 3, et ci-après, § 276. — Rappelons l'observation finale de la note précédente.

[12] « Si Titius manque à son devoir de fournir des aliments à son vieux père, je vous donnerai le fonds Cornélien à charge de servir au père une rente viagère de mille francs. »

[13] Fr. 121, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 1. 2, C., *si mancipium ita venierit* 4, 56. — Cf. Fr. 50, D., *de pactis* 2, 14, et *voy.* ci-après, § 258. — La décision du Fr. 19, D., *de verb. obl.* 45, 1, est fondée sur ce qu'il n'est pas permis de porter atteinte à la liberté du divorce. Ci-après, t. III, § 320, note 9.

vente pure et simple, et l'autre donne au vendeur la faculté de résilier la vente, tout en faisant dépendre ce droit de l'avénement d'une condition[14]. — Tel est le véritable état de la question, et c'est ainsi qu'elle a été comprise par les Romains, qui distinguent soigneusement l'acte contenant la résiliation dépendant d'une condition d'avec celui qui crée le rapport obligatoire et qui est pur et simple[15]. Nous suivrons leur exemple et n'admettrons point une division qui non-seulement est inutile, mais, de plus, illogique et partant dangereuse, puisqu'elle tend à faire considérer comme conditionnelles des manifestations de volonté dont l'efficacité n'est soumise à aucune condition.

Dans l'examen des effets que les conditions produisent, nous avons à distinguer trois phases : 1° l'époque pendant laquelle l'événement qui constitue la condition reste en suspens, *condicio pendet;* 2° le moment où l'événement s'accomplit, *condicio existit, impleta* ou *expleta est;* 3° l'hypothèse où il est certain que la condition ne s'accomplira pas, *condicio deficit.*

A) *Pendente condicione.* Tant que la condition est en suspens, le droit que la convention avait pour but de créer est également en suspens. Le droit d'obligation, quand il s'agit de créer une créance, — le droit de résilier, quand il s'agit de résilier un rapport obligatoire établi, — n'existent pas encore, mais ils sont susceptibles de venir à existence. Ce caractère complexe de la condition en suspens se montre par les effets suivants : 1° Le droit n'existe pas encore, *nihil interim debetur.* Par conséquent : *a*) La partie en faveur de laquelle le droit est stipulé n'en peut exiger l'exécution[16]. *b*) Si la partie à charge de laquelle la convention a été conclue livre la chose éventuellement due, l'acceptant n'en acquiert ni la propriété ni même la possession *ad usucapionem,* et il peut être actionné en restitution au moyen de la revendication[17]. *c*) Si cependant

[14] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 36, notes 3. 4. 5.

[15] Fr. 3, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Si res ita distracta sit ut, si displicuisset, inemta esset, constat, *non esse sub condicione* distractam, sed resolvi emtionem sub condicione. » — Fr. 2, pr. D., *de in diem addictione* 18, 2. « Quotiens fundus in diem addicitur, utrum *pura* emtio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis magis sit emtio, quæstionis est. Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emtio, quæ sub condicione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio condicionalis. » — Fr. 1, D., *de lege commissoria* 18, 3. « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emtio, quam sub condicione contrahi, videatur. » — Fr. 2, § 5, D., *pro emtore* 41, 4. « Sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit. » Cf. Fr. 2, § 3. 4, D., *eodem.*

[16] § 4, I., *de verborum obl.* 3, 15. — Fr. 16, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1. « ..... cum nihil interim debeatur. » — Fr. 38, § 1 in f. D., *de adquir. possessione* 41, 2. — Fr. 54, D., *de verborum signif.* 50, 16. « Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. » — Fr. 213, pr. D., *eodem.*

[17] Fr. 8, pr. D., *de periculo et commodo* 18, 6, ci-après, note 31. — Fr. 7, § 3, D., *de iure*

l'acceptant s'était approprié la chose, par exemple en consommant une somme d'argent conditionnellement due, qui lui a été payée [18], il n'y aurait naturellement plus lieu à revendication, mais la restitution n'en pourra pas moins être poursuivie par la *condictio indebiti* [19]. *d*) Enfin, comme l'obligation n'existe point encore, il ne peut naturellement être question de *periculum;* en d'autres termes, la chose conditionnellement due n'est point aux risques et périls du créancier éventuel [20]. — 2° Mais l'obligation est susceptible de venir à existence, et cette éventualité établit entre les parties un certain lien obligatoire [21] qui se manifeste par les effets suivants : *a*) Le débiteur éventuel ne peut rien faire pour empêcher la condition de s'accomplir. S'il contrevient à cette défense, il s'oblige comme si la condition s'était réellement accomplie [22]. *b*) Ce lien indéterminé fait partie du patrimoine des contractants, et constitue un *ius futurum* *, comme disent les commentateurs, ou plutôt, pour nous servir de l'expression romaine, une *spes debitum iri*, une éventualité de droit qui

dotium 23, 3. – Fr. 2, § 5, D., *de donat.* 39, 5. – Fr. 2, § 2, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 1, § 2, D., *pro dote* 41, 9. — Il en serait autrement si les parties avaient eu l'intention de transférer la propriété malgré la suspension de la condition, ce qui se présume en matière de dot. Fr. 6, pr. Fr. 7, § 1, D., *de condictione causa data, causa non secuta* 12, 4. – Fr. 7, § 3. Fr. 8. 9, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 1, § 2, D., *pro dote* 41, 9, et ci-après, t. III, § 310.

[18] Il en serait de même dans le cas dont nous avons parlé dans la dernière partie de la note précédente.

[19] Fr. 16. 18. 48. 56. 60, § 1, D., *de condictione indebiti* 12, 6. *Voy.* ci-après, § 277.

[20] *Voy.* cependant ci-après, notes 26 et 31.

[21] Fr. 8, pr. D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6, ci-après, note 31. – Fr. 42, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7. « Eum qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse. » – Fr. 26, D., *de stipulatione servorum* 45, 3. « ... Si sub condicione stipuletur.... ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. » – Fr. 10, D., *de verb. sign.* 50, 16. « Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione.... sive pure, sive in diem, vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum... » – Fr. 54, D., *eodem,* ci-dessus, note 16. — Cf. Fr. 36, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 60, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 27, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 80. 83, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 27, pr. D., *qui et a quibus manumissi* 40, 9. – Fr. 78, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 40, D., *de stipulat. servorum* 45, 3.

[22] Ulpien, II, 5. – Fr. 3, § 9, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 7, pr. Fr. 50, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 8, D., *de lege commissoria* 18, 3. – Fr. 24. 66. 81, § 1, D., *h. t.* 35, 1. – Fr. 5, § 5, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2. – Fr. 3. Fr. 4, § 4. Fr. 20. 23, § 1. Fr. 34, § 1, D., *de statu liberis* 40, 7. Cf. Fr. 20, § 5. Fr. 38, D., *eodem.* – Fr. 85, § 7, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilominus obligatur. » – Ulpien, Fr. 161, D., *de regulis iuris* 50, 17. « In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset... » Le Fr. 24, D., *h. t.*, cité plus haut, qui est de Julien, commence par une phrase qui est littéralement la même que celle du Fr. 161, D., *de R. I.*, à la seule différence près qu'il y est dit : *cuius interest condicionem impleri,* au lieu de *condicionem non impleri.* Cette variante ne donne aucun changement au sens de la phrase : car celui qui a un intérêt à ce qu'une condition ne s'accomplisse pas, est également intéressé dans un sens inverse à ce qu'elle s'accomplisse. Mais il n'est pas à méconnaître que *non impleri* donne un sens plus correct.

se transmet aux héritiers du créancier et du débiteur éventuels [23]. *c*) La loi permet au créancier éventuel de prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder cette éventualité, notamment d'exiger des cautions, de demander une *missio in possessionem rei servandæ causa,* de requérir la séparation des patrimoines [24]. *d*) Une créance conditionnelle peut être confirmée ou garantie et être l'objet d'une novation [25]. *e*) Enfin des circonstances subséquentes peuvent faire que, l'obligation venant à exister, les risques et périls agissent, même pour le temps antérieur, au préjudice du créancier [26]. — Tous ces effets s'appliquent aussi bien aux conventions qui ont pour but de créer un droit d'obligation qu'à celles qui ont pour but de nous donner le droit de faire résilier un rapport obligatoire existant.

B) *Existente condicione.* Dès que la condition est accomplie [27], la convention sort ses effets; en d'autres termes, le droit qu'elle avait pour but de créer — droit de créance ou droit de résilier — existera, et le créancier pourra le faire valoir par tous les moyens légaux [28]. Les Romains vont plus loin encore : ils attribuent à l'obligation créée un effet rétroactif au jour de la convention conclue [29], de manière que les parties doivent être mises dans l'état où elles se seraient trouvées si l'acte avait

[23] *Voy.* les passages cités à la note 16, et § 4, I., *de verb. obl.* 3, 15. « ... Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio existat, mors nobis contigerit. » — § 25, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19. — Fr. 27 in f. D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 57, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Les Fr. 2, § 5, D., *de donationibus* 39, 5, et Fr. 9, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3, appartiennent à un autre ordre d'idées : il ne s'y agit point, en effet, de la transmission d'un droit d'obligation, mais de l'acquisition du droit de propriété. Cf. ci-dessus, t. I, § 107, notes 5. 6, et ci-après, t. III, § 310 *in fine.*

[24] *A*) Fr. 41, D., *de iudiciis* 5, 1 — Fr. 27, § 8, pr. D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1. — Cf. ci-dessus, § 195, note 19. — *B*) Fr. 6, D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4, et ci-après, § 300. *Voy.* aussi t. III, § 422, III. — *C*) Fr. 4, pr. D., *de separationibus* 42, 6, et ci-après, § 300; t. III, § 403. D'après le Fr. 27, pr. D., *qui et a quibus* 40, 9, une créance conditionnelle (mais non pas un legs conditionnel) donne droit à l'action Paulienne. Cf. ci-après, § 300.

[25] *A*) Fr. 5, pr. Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1; Fr. 1. 4. 9. 11, pr. § 1, D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4, et ci-dessus, t. 1, § 155, notes 4-7. — Fr. 13, § 8, D., *de acceptilatione* 46, 4. — *B*) Fr. 8, § 1, 2. Fr. 14, § 1. Fr. 31, pr. D., *de novationibus* 46, 2, et ci-après, § 293, n° 1.

[26] *Voy.* ci-après, notes 29-31.

[27] En d'autres termes, dès que l'événement indiqué est arrivé dans les conditions affirmativement conçues, et dans les conditions négativement conçues dès qu'il est certain que l'événement n'arrivera pas. § 4, I., *de verb. obl.* 3, 15. — Fr. 103. 106, D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 115, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[28] Fr. 26, D., *h. t.* 28, 7. — Fr. 213, pr. D., *de verborum significationibus* 50, 16.

[29] C'est évidemment sur l'intention présumée des parties que les Romains fondent l'effet rétroactif, attribué à la condition accomplie dans les conventions. Aussi n'en est-il pas absolument de même dans les successions à cause de mort (ci-après, t. III, § 387, II, n° 2 et § 417, II, n° 3) et il va sans dire que, même dans les obligations conventionnelles, les parties peuvent avoir l'intention contraire.

été pur et simple dès le principe [30]. L'importance pratique de cette règle se montre surtout par rapport au *periculum* et au *commodum* de la chose éventuellement due. Ainsi lorsque, depuis le moment de la convention conclue, la chose a augmenté de valeur ou d'étendue, c'est le créancier qui profite du bénéfice qui en résulte, comme il a également droit aux fruits qui ont été produits depuis ce moment. Mais, par contre, il supporte les détériorations et dépréciations que la chose a subies; en d'autres termes, il doit la prendre dans l'état où elle se trouve sans la faute du débiteur [31]. Cependant, si la chose a péri par suite d'un cas fortuit, la convention est annihilée de fait, par la raison qu'au moment où l'obligation devait prendre naissance, l'un de ses éléments nécessaires fait défaut [32]. — Tous ces effets s'appliquent aussi bien aux conventions qui

[30] *Vaticana fragmenta* 14. « .... quoniam eo iure contractum in exordio videtur... » — Fr. 27, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 8, pr. D., *de periculo* 18, 6. « ... quasi iam contracta emtione in præteritum... », ci-après, note 31. — Fr. 9, § 1, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Fr. 11, § 1 in f. D., *eodem*. « .... Cum enim semel condicio exstitit perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. » Cette proposition, conçue d'une manière trop étendue, doit être entendue raisonnablement. Cf. ci-après, note 32. — Fr. 42, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 78, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 40, D., *de stipulat. servorum* 45, 3. — Fr. 14, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. — Fr. 16, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 18, D., *de regulis iuris* 50, 17. — On prétend communément que l'effet rétroactif de la condition accomplie cesse toutes les fois que l'accomplissement de la condition dépend de la volonté du débiteur conditionnel. Aucun motif rationnel ne saurait être donné à l'appui de cette thèse, que l'on cherche à déduire de quelques décisions spéciales qui concernent la priorité du droit d'hypothèque et qui, même dans cette application restreinte, reposent sur un motif erroné. *Voy.* ce que nous avons dit sur cette question, au t. I, § 155, note 7.

[31] *Vaticana fragmenta* 14. — Fr. 8, pr. D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6. « Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio : tum enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione, periculum ad emtorem respiciet..... *a*) Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quod si exstiterit, Proculus et Octavenus, emtoris esse periculum, aiunt. Idem Pomponius libro nono probat. *b*) Quod si pendente condicione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in præteritum. *c*) Quod si pendente condicione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit. *d*) Sane si exstat res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris. » L'avant-dernière phrase de ce fragment, que nous avons marquée de la lettre *c*, est d'une rédaction fort embarrassée et donne un sens passablement forcé, si l'on maintient la leçon que nous avons donnée et qui est celle du manuscrit de Florence. La Vulgate divise la phrase en deux propositions. La première proposition finit aux mots *venditoris sunt*. Puis la Vulgate intercale les mots suivants : *Plane si pendente condicione res interierit, perimitur emtio*, sicuti, etc. De cette manière la dernière proposition est correcte; mais la première proposition pèche en ce sens qu'on cherche en vain l'hypothèse dont elle traite. Quoi qu'il en soit de cette difficulté, le fragment, dans son ensemble, confirme pleinement tout ce que nous avons dit dans notre texte. — Fr. 2, § 1. Fr. 4, § 4. Fr. 6. 16, D., *de in diem addictione* 18, 2. — Fr. 4, pr. Fr. 5, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Fr. 11, § 10, D., *quod vi aut clam* 43, 24. — Cf. Fr. 19, D., *de usurpationibus* 42, 3. — Fr. 6, § 1, D., *de diversis temporalibus præscript.* 44, 3

[32] Fr. 8, pr. D., *de periculo* 18, 6. *Voy.* l'observation faite à la note précédente. — Arg. Fr. 10, pr. D., *eodem*. — Fr. 10, § 5, D., *de iure dotium* 23, 3. « .... Cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors contingens EXSTINGUAT venditionem, consequens est dicere

ont pour but de créer un droit d'obligation qu'à celles qui ont pour but de nous donner le droit de faire résilier un rapport obligatoire existant, ou, pour nous servir de la terminologie vulgaire, ils s'appliquent aussi bien à la condition résolutoire qu'à la condition suspensive [33].

C) *Deficiente condicione.* Si la condition vient à défaillir ou s'il devient certain qu'elle ne s'accomplira pas, la convention ne produit point d'effet : les choses restent dans l'état où elles étaient avant la convention [34]. En conséquence, quand il s'agit d'un acte ayant pour but la création d'un droit d'obligation, hypothèse qu'on désigne vulgairement par le nom de condition suspensive, la créance ne prendra point naissance, et ce qui a pu être presté en exécution devra être restitué [35]. De même, quand la condition est ajoutée à une disposition qui a pour but de résilier un rapport obligatoire existant (condition vulgairement qualifiée de résolutoire), l'obligation dont il s'agit restera debout et ne sera pas résiliée [36].

Pour que la convention conditionnelle sorte ses effets, il faut naturellement que la condition s'accomplisse comme les parties l'ont entendu [37]. Quand il y a plusieurs conditions stipulées cumulativement, il faut qu'elles s'accomplissent toutes ; quand elles sont stipulées d'une manière alternative, l'accomplissement d'une seule suffit [38]. — Nous avons vu plus haut

mulieri periisse. » Exstinguere veut dire ici : empêcher de naître. — Fr. 56, § 8 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Homine (sub condicione promisso) mortuo, desinit esse res in quam Seius obligaretur. » — Fr. 14, pr. D., *de novationibus* 46, 2. « .... Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio (condicionalis) continget : quia non subest res eo tempore quo condicio impletur.... » — Fr. 31, pr. D., *eodem.* « .... Manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi (condicionali) locus sit... » — (*Vaticana fragm.* 23) L. 5, C. *de periculo rei venditæ* 4, 48. — Les commentateurs ont l'habitude de dire que, dans l'obligation conditionnelle, le *periculum deteriorationis* est pour le créancier, mais que le débiteur supporte le *periculum interitus.* Cette règle, bien qu'elle donne pratiquement un résultat exact, doit être rejetée par la raison qu'elle semble indiquer que la loi met à la charge du débiteur un *periculum* quelconque, ce qui n'est pas. *Voy.* ci-dessus, § 177.

[33] *Voy.* ci-dessus, note 31. A ce propos, il importe de faire observer qu'on tire ordinairement une conséquence erronée de notre règle, en soutenant que, par suite de cet effet rétroactif dans les pactes résolutoires conclus sous condition, la résiliation peut être poursuivie même contre des tiers qui n'ont pas été parties dans la convention. Nous avons déjà touché cette question en parlant de l'irrévocabilité du droit de propriété (t. I, § 94, n° 3) ; nous la traiterons avec plus de développement, ci-après, § 294, Observation.

[34] § 2, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. — Fr. 83, § 5. Fr. 137, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1, et les deux notes suivantes.

[35] Fr. 37, D., *de contr. emt.* 18, 1. « ... Similis erit sub condicione factæ venditioni : quæ nulla est, si condicio defecerit. » — Fr. 8, pr. *verbis* Quod si sub D., *de periculo et comm.* 18, 6, ci-dessus, note 31.

[36] Fr. 5, § 4. Fr. 15, D., *de in diem addictione* 18, 2.

[37] Arg. Fr. 19, pr. Fr. 101, pr. D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 99. 115, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. Particulièrement, quand un délai a été fixé pour l'accomplissement, la condition est défaillie si elle n'est pas accomplie endéans le délai. Fr. 41, § 12, D., *de fideicomm. libertatibus* 40, 5. — Fr. 13, pr. D., *de statu liberis* 40, 7. — Fr. 8. 10. 115, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[38] § 11, I., *de heredibus instituendis* 2, 14. — Fr. 5, pr. D., *h. t.* 28, 7. — Fr. 78, § 1, D., *h. t.* 35, 1.

que la condition est considérée comme accomplie, si le futur débiteur en rend impossible l'accomplissement par son fait [39]. Beaucoup d'auteurs soutiennent qu'il en est de même si l'exécution d'une condition potestative ou mixte dans le chef du créancier devient impossible par un événement quelconque, pourvu que le créancier, avant l'événement, n'ait pas été à même de l'accomplir. Cette règle est, en effet, admise en matière de testament [40] ; mais, comme aucun texte ne la consacre pour les obligations conventionnelles et qu'il n'y a pas analogie parfaite [41], nous estimons qu'elle n'a pas lieu dans notre matière.

II. Le terme, *dies*, ajouté à une convention, a pour but de déterminer le moment auquel l'obligation doit recevoir son exécution ou bien doit cesser d'agir [42]. Dans les deux hypothèses, le terme n'a point pour effet de rendre incertaine l'efficacité de la convention : il suppose, au contraire, que le droit qu'elle avait pour but de créer a pris naissance et existe. Nous parlerons de la seconde hypothèse, *in diem* ou *ad diem*, d'abord à l'occasion des divers contrats dans lesquels elle peut se présenter avec des effets particuliers, ensuite d'une manière générale, dans le titre consacré à l'extinction des obligations [43] : ici il ne sera traité que du terme qui a pour but de fixer le moment auquel l'obligation doit recevoir son exécution, *ex die* ou *dies a quo* *.

Le terme peut être déterminé, *certus*, c'est-à-dire fixé d'avance et irrévocablement par le calendrier, par exemple, le 1er janvier 1890, lundi prochain ; ou indéterminé, *incertus*, quand la fixation définitive dépend d'un événement quelconque futur, mais certain, ou bien de la volonté d'une personne tierce, même de la volonté de l'une ou de l'autre des parties [44].

[39] *Voy.* ci-dessus, note 22.

[40] Il y a cependant, même dans cette matière, controverse sur l'étendue de la règle. *Voy.* ci-après, t. III, § 387, notes 44-47.

[41] Dans les dispositions testamentaires, en effet, où il n'y a qu'une manifestation de volonté unilatérale, il est permis de suppléer à la rédaction du testateur par une interprétation favorable (ci-après, t. III, § 389); tandis que, dans les conventions, les parties sont à même de débattre les clauses du contrat au point de vue de leurs intérêts respectifs et que notamment il est libre au futur créancier de faire insérer la nuance favorable, consacrée par la fiction de notre règle, fiction qui n'est pas conforme aux termes employés et qui, au reste, est loin d'avoir une valeur absolue, même en matière de testaments. Cf. ci-après, t. III, § 387, notes 45-47.

[42] Fr. 44, § 1, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. « Circa diem duplex inspectio est : nam vel EX DIE incipit obligatio, aut confertur IN DIEM. EX DIE, veluti : Kalendis Martiis dare spondes ? ... AD DIEM autem : usque ad Kalendas dare spondes ? » Pour indiquer ces deux hypothèses : EX DIE et IN ou AD DIEM, les interprètes modernes ont l'habitude de dire DIES A QUO * et DIES AD QUEM *. Cf. ci-dessus, t. I, § 36, notes 12. 13.

[43] *A*) LOUAGE, ci-après, §§ 217. 219. — MANDAT, § 224. — SOCIÉTÉ, § 228. — *B*) *Voy.* ci-après, § 298.

[44] CUM MORIAR, CUM MORIERIS. *Vaticana fragm.* 98. — § 15, 1., *de inutil. stipulat.* 3, 19. — Fr. 17, D., *de condict. indebiti* 12, 6 et *passim*. — « CUM MORIETUR Titius. » Fr. 76, pr. D., *de cond. et demonstr.* 35, 1. — « CUM PETIERO. » Fr. 48, D., *de verb. obl.* 45, 1. — « CUM VOLUERO, CUM VOLUERIS. » Fr. 46, § 2, D., *de verb obl.* 45, 1. — Cf. la note suivante.

Dans tous les cas, comme nous l'avons déjà fait observer, il n'a pas pour effet de rendre incertaine l'efficacité de la convention à laquelle il est ajouté : l'obligation contractée à terme existe au moment même de la convention, seulement l'exécution en est différée [45]. Il s'ensuit que le débiteur ne peut, en thèse générale [46], répéter comme indûment payé ce qu'il aurait payé avant l'échéance [47]. — Comme le créancier d'une obligation à terme n'en peut exiger l'exécution avant le jour fixé, le terme agit naturellement à l'avantage du débiteur; aussi est-il régulièrement présumé établi en faveur de ce dernier [48], d'où il suit que celui-ci peut, en général, payer valablement avant l'expiration du délai [49]. Cette présomption cesse cependant, s'il résulte de la convention même ou des circonstances que le délai a été fixé dans l'intérêt du créancier ou des deux parties [50]. — D'ordinaire le terme est stipulé expressément, mais il peut aussi parfois résulter tacitement de la nature de la prestation à effectuer ou de certains faits émanés des parties [51].

[45] Et ce, quelle que puisse être la durée du délai fixé par le terme, fût-elle de cent ans, comme dit Paul, Fr. 46, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur : quia præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio. » Cf. Fr. 21, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2. — La proposition énoncée dans le texte peut cependant, d'après une décision particulière, subir une exception quand, dans une stipulation, la fixation du terme est abandonnée au débiteur. Paul, Fr. 46, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Si ita stipulatus fuero, Cum volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt : alii ita inutilem, *si antequam constituas morieris;* quod verum est. » Cette solution ne saurait être admise comme ayant une valeur absolue. Il est évident que, dans toutes les hypothèses où l'obligation est fondée, non pas sur la seule volonté de la partie qui doit la prestation, mais encore sur une autre cause (par exemple, dans la vente, dans le *mutuum*), la clause par laquelle le créancier abandonne au débiteur la fixation du jour du payement ne peut être considérée que comme une faveur qui doit cesser avec l'existence de celui à qui elle est accordée. Toullier, *le Droit civil français*, L. III, t. III, n° 498. Arg. Fr. 4, D., *locati* 19, 2.

[46] A moins qu'il n'y ait erreur sur le fait même de l'exigibilité.

[47] Fr. 10, D., *de condictione indebiti* 12, 6. « In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non potest. » — Fr. 16. 17. 18, D., *eodem.* — Fr. 1, § 1, D., *h. t.* 35, 1.

[48] Fr. 9, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. — *Voy.* aussi ci-dessus, § 179, note 1. — Fr. 17, D., *de reg. iur.* 50, 17. « ... In stipulationibus promissoris gratia tempus adiicitur. » — Fr. 41, § 1, D., *de verbor. obligat.* 45, 1. « Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne præsenti die pecunia debeatur : ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. » — Fr. 7. 13, D., *eodem.* — Fr. 7, D., *de re iudicata* 42, 1.

[49] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* 35, 1. — Fr. 50, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Quod quis aliquo anno dare promittit, aut dare damnatur : ei potestas est quolibet eius anni die dandi. » — Fr. 137, § 2 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non possit. » — Fr. 38, § 16, D., *eodem* (Fr. 70, D., *de solut.* 46, 3). « Quod certa die promissum est, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur. » — Fr. 98, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. Fr. 122, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[50] Fr. 43, § 2, D., *de legatis II* (31). — Fr. 15, D., *de annuis legatis* 33, 1. — Fr. 122, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[51] § 5, I., *de verb. obl.* 3, 15. « Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti : *Carthagine dare spondes?* Quæ stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandum... » — Fr. 14. 41, § 1. Fr. 72, § 2. Fr. 73, pr. D., *eodem* 45, 1. — Fr. 2, § 6, D., *de doli except.* 44, 4. « Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit,

III. On entend par mode, *modus*, une clause par laquelle certaines charges ou obligations sont imposées à la personne au profit de laquelle un droit est constitué. Comme pareille clause ne modifie point les effets naturels de l'acte auquel elle est ajoutée, et qu'elle ne se rencontre, d'ailleurs, que dans les actes de libéralité, nous n'avons point à nous en occuper ici et nous réservons d'en traiter au chapitre des donations [52].

Observation. Habituellement et logiquement on se sert des conjonctions si, cum, ut pour désigner respectivement la condition, le terme et le mode. Mais ce langage exact n'est pas toujours suivi par les parties. Il va de soi que, pour déterminer la nature et l'effet des actes, il faut plutôt considérer l'intention réelle des parties que les termes dont elles ont pu se servir [53].

§ 206. *De l'effet des conventions à l'égard des tiers.*

Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers. *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* [1].

Nous pouvons, dans une obligation, faire intervenir le nom d'un tiers de deux manières différentes, soit en promettant qu'il fera quelque chose, soit en stipulant quelque chose en sa faveur.

A) Je vous promets le fait d'un tiers. Pareille convention est entièrement nulle [2]. Vous n'en tirerez aucun droit ni contre moi, ni contre le tiers. Le tiers ne saurait être obligé, parce que sa volonté n'a point concouru à la convention ; je ne le serai pas davantage, parce que l'objet de l'obligation est quelque chose d'impossible, personne ne pouvant

deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus prætereat cuius temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur ? Et potest dici dolo eum facere : accipiendo enim usuras, distulisse videtur petitionem in id tempus quod est post diem usurarum præstitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum. » — Fr. 105, D., *de solutionibus* 46, 3, ci-dessus, § 179, note 10.

[52] *Voy.* ci-après, § 256, n° 3. — Le *modus* a une importance plus grande dans les successions à cause de mort, t. III, §§ 387. 418.

[53] Cf. ci-dessus, t. I, § 37, note 3.— *Quid*, si l'intention des parties est douteuse ? *Voy.* ci-dessus, t. I, § 36, Observation.

[1] Tit. C., *inter alios acta vel iudicata aliis non nocere* 7, 60. — L. 3, C., *ne uxor pro marito* 4, 12. « Certissimum est, ex alterius contractu neminem obligari. » — Fr. 73, § 4, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. » — Faisons, au reste, observer qu'il ne s'agit point ici du cas où quelqu'un se sert d'une autre personne comme d'un instrument pour transmettre son consentement. Le consentement que nous donnons *per nuntium* nous lie certes aussi bien que celui que nous donnons nous-même oralement ou par lettres missives. Fr. 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 84, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 1, § 2, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 2, § 2, D., *de obl. et act.* 44 7. *Voy.* ci-dessus, § 200, notes 10. 11.

[2] C'est à tort que l'on dit quelquefois, suivant une rédaction inexacte de Justinien, que pareille convention peut devenir valable quand l'un des contractants se porte fort pour le tiers, particulièrement en promettant une peine pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas. § 21, I., *de inutil.*

prester le fait d'autrui [3]. Il n'en est pas de même, quand je m'engage à faire en sorte qu'un tiers donne ou fasse quelque chose en faveur de l'autre partie contractante [4]. Cette intention n'a pas besoin d'être exprimée d'une manière formelle; elle peut résulter des circonstances [5], et dans le doute elle se présume [6]. — *Quid*, si je vous promets quelque chose à faire par moi et par un autre? D'après une constitution de Justinien, il faut bien admettre que cette promesse, entièrement nulle à l'égard du tiers, aura pour effet de m'obliger pour moitié [7].

B) Je me fais promettre par vous quelque chose en faveur d'un tiers. Cet engagement est également frappé de nullité. En effet, le tiers ne pourra s'en prévaloir, puisque sa volonté n'y a point concouru; et quant à moi, je ne pourrai demander l'exécution de la promesse, ni pour moi-même, parce que telle n'était pas notre intention, ni pour le tiers, parce que je n'y ai aucun intérêt [8]. Cette dernière considération nous fait découvrir un cas dans lequel une convention, tout en portant sur un fait

stip. 3, 19. — Fr. 38, § 2. 4. 13, D., *de verb. obl.* 45, 1. Ce qui est valable dans les cas de ce genre, ce n'est pas la promesse du fait d'autrui, mais la stipulation de peine dont l'efficacité dépend du fait d'autrui, c'est-à-dire d'un événement futur et incertain, d'une condition : le fait d'autrui n'est point *in obligatione*, mais *in condicione*. *Voy.* ci-après, note 11.

[3] § 3. 21, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. — Fr. 27, § 4, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 3, pr. D., *de transactionibus* 2, 15. — Fr. 38, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Nemo autem alienum factum promittendo obligatur... » — Fr. 38, § 1, D., *eodem*. — Fr. 83, pr. D., *eodem*. « ... Alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur. » — Fr. 65, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 2, C., *inter alios acta vel iudicata aliis non nocere* 7, 60.

[4] § 3, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. « Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si *effecturum se, ut Titius daret*, spoponderit, obligabitur. »

[5] Fr. 14, § 2, D., *de pecunia constituta* 13, 5. « Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur... » — Fr. 38, pr. § 1. 2. 24, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 81, pr. D., *eodem* 45, 1. « Quotiens quis *alium sisti* promittit, nec adiecit pœnam... quæritur, an committatur stipulatio. Et Celsus ait... id quanti interest sisti, contineri; et verum est, quod Celsus ait : nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, *id se acturum, ut stet.* » — Fr. 83, pr. D., *eodem*. — Fr. 5, D., *de duobus reis* 45, 2. — Fr. 19, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[6] En vertu de la règle d'après laquelle il faut, autant que possible, interpréter les actes dans le sens avec lequel ils peuvent produire de l'effet. Ci-dessus, t. I, § 37, note 10. En agissant ainsi, on se conforme, du reste, aux habitudes romaines. Un grand nombre de cautions usuelles, surtout parmi les stipulations prétoriennes, sont rédigées de manière à faire sous-entendre *me effecturum*, par exemple, les cautions *iudicio sisti, dominum rem ratam habiturum, rem habere licere*. *Voy.* Fr. 38, pr. § 24, D., *de verb. obl.* 45, 1, et les quatre derniers textes de la note précédente.

[7] *Novelle* 115, c. 6, *de constituta pecunia*. « .... Si quis autem dixerit : *Fiet tibi satis a me, et ab illo et illo*, illis quidem quos nominaverit, non consentientibus, nullum ex tali voce fieri præiudicium, sed nec ipsum qui hoc dixerit pro illis personis, quas nominavit, aliquam exactionem sustinere; pro se autem, quod secundum leges debere monstratus fuerit, *pro rata* tantum portione persolvere... » Il y a lieu d'appliquer à cette question les développements qui seront donnés quand nous traiterons de la stipulation : *mihi et Titio dabis*, ci-après, note 12.

[8] § 4, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. « Si quis alii.... stipuletur, nihil agit. » — Fr. 11, § 6, D., *de pignoraticia actione* 13, 7. — (§ 19, I., *de inut. stip.* 3, 19). Fr. 38, § 17, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Alteri stipulari nemo potest... Inventæ enim sunt huiusmodi obligationes ad hoc, ut

qui doit, en apparence, être presté en faveur d'un tiers, peut cependant être valable et obliger les parties contractantes : c'est lorsque l'une d'elles à un intérêt à ce que le fait soit presté [9]. Si, par exemple, vous me promettez de faire pour Titius un travail que je m'étais auparavant engagé à exécuter pour lui, vous serez obligé envers moi, parce que la prestation promise se fait, en réalité, pour moi; mais il va sans dire que Titius lui-même ne pourra élever aucune prétention contre vous [10]. La même considération s'applique à la convention par laquelle vous me promettez une somme d'argent pour le cas que vous ne ferez pas telle chose pour Titius. Ici la prestation à faire en faveur de Titius n'est point l'objet de la convention, mais tout simplement un événement futur et incertain dont dépend le payement de la somme que vous me promettez et qui est le véritable objet de l'obligation; en d'autres termes, la convention se fait réellement en ma faveur, mais l'efficacité en dépend d'une condition qui porte sur une prestation à faire en faveur de Titius. Aussi l'exécution de ce fait ne pourra être demandée ni par Titius, ni par moi; je n'aurai d'autre droit que celui d'exiger le payement de la somme promise, si la condition dont ce payement dépend vient à s'accomplir [11]. — Relativement à la convention par laquelle je stipule pour moi-même ET pour un

unusquisque sibi adquirat, quod sua interest : ceterum, ut alii detur, nihil interest mea... » — Fr. 126, § 2, D., *eodem.* — Fr. 11, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 73, § 4, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 6, C., *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit* 4, 50. — L. 19. 26, C., *de iure dotium* 5, 12. — L. 3, C., *de inutil. stipul.* 8, 39. « Alteri... aliquid dari vel restitui, *nisi sua intersit,* nemo stipulari potest... » — Cf. ci-après, note 14.

[9] § 20, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. — Fr. 38, § 20. 21. 22, D., *de verb. obl.* 45, 1, à la note suivante. — L. 3, C., *de inutil. stipul.* 8, 39.

[10] § 20, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. « Sed et si quis stipulatur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est, rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit; et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio. » - Fr. 38, § 20. 21. 22, D., *de verb. obl.* 45, 1. « 21. Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit, aut si quis, cum promisisset Titio fundum Mævium daturum, et si is non dedisset pœnam se daturum, stipulatus a Mævio fuerit, fundum Titio datum iri, item si quis id locaverit faciendum, quod ipse conduxerit, constat habere eum utilem ex locato actionem. 22. Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio. » — *Voy.* aussi Fr. 39. 56. 130, D., *eodem.* — Fr. 17, § 5, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 7, D., *de pactis dotalibus* 23, 4.

[11] (§ 19, I., *de inutil. stip.* 3, 19) Fr. 38, § 17, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Inventæ sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane, si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest : pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque condicio stipulationis. » Dans cette hypothèse, comme dans celle dont nous avons parlé ci-dessus, note 2, la prestation en faveur du tiers est *in condicione,* et non pas *in obligatione.* — *Voy.* de plus amples détails, ci-après, § 258, où nous traiterons de la *stipulatio pœnæ.*

tiers, il y avait anciennement controverse entre les deux écoles. Les Sabiniens la considéraient comme valable pour le tout en faveur de celui qui s'était fait promettre; les Proculéiens ne la déclaraient valable que pour moitié. C'est cette dernière opinion qui a prévalu dans le droit de Justinien [12]. On ne peut confondre avec cette hypothèse la convention par laquelle je stipule qu'une chose me sera donnée à moi ou à Titius. Il est évident qu'il n'y a ici de créancier que moi, et que Titius est tout simplement indiqué comme une personne à laquelle le débiteur pourra valablement payer, *solutionis causa adiectus* [13].

Le principe d'après lequel les stipulations en faveur ou à charge d'un tiers ne produisent point d'effet, a toujours été maintenu en droit romain. Ce n'est que dans les derniers temps que l'on établit quelques exceptions

[12] Gaius, III, 103. « ... Nostri præceptores putant in universum valere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset; sed diversæ scholæ auctores... » — § 4, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « ... Quod si quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio, sed utrum totum debeatur, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia? dubitatum est. Sed placet, non plus, quam dimidiam partem ei adquiri. » — Fr. 110, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « *Si mihi et Titio,* in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem sed sola quinque mihi debentur. Pars enim aliena deducitur, ut, quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem. » — Mais que faut-il décider quand l'obligation est indivisible? Dans ce cas, la stipulation entière est nulle. *Voy.* ci-dessus, § 192, note 27. D'après une autre opinion, contraire aux principes et à l'équité, la stipulation serait valable et obligatoire pour le tout, en vertu des Fr. 5, D., *communia prædiorum* 8. 4, et Fr. 64, D., *de contrah. emtione* 18, 1. Aucun de ces textes ne se rapporte directement à la question. En ce qui concerne le Fr. 5, D., *cité,* la phrase finale, *verbis* Solum autem, donne une solution conforme à notre manière de voir; dans la première partie du fragment il s'agit, non pas d'une convention indivisible, mais de deux conventions distinctes, dont l'une, en notre faveur, est valable, et dont l'autre, en faveur du *vicinus* ou *socius,* est nulle. Au Fr. 64, D., *emti,* le jurisconsulte Iavolenus, sans traiter directement notre question, s'occupe simplement à interpréter une clause qui avait donné lieu à des difficultés. Dans un contrat de vente, l'acheteur avait dit : *fundus est mihi et Titio emtus.* Consulté sur la question de savoir si, à cause de cette phrase, la vente devait être considérée comme nulle, comme valable par partie ou comme valable pour le tout. Iavolenus décide que, conformément à une règle fondamentale d'interprétation (ci-dessus, note 6), il faut donner à la clause le sens avec lequel l'acte produira un effet, et par suite considérer la mention de Titius comme *supervacua.* En effet, il n'importe au vendeur qu'en achetant le fonds, j'ai eu l'intention de l'avoir seul ou en commun avec Titius, pas plus que si j'avais déclaré que je l'achetais pour y construire une usine ou une maison de plaisance. J'ai acheté, donc je suis obligé. La décision de Iavolenus ne nous est donc point contraire; loin de là, elle dit implicitement que si l'on ne considérait pas la personne de Titius comme *supervacua,* la convention serait nulle. Cf. M. Kleyer, *Des obligations divisibles et indivisibles,* § 15, pages 54-58.

[13] § 4, I., *de inutil. stip.* 3, 19. « ... Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti si quis ita stipuletur : *mihi aut Seio dare spondes?* Obligatio quidem stipulatori adquiritur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, recte poterit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem... » — Fr. 56, § 2. Fr. 141, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 23, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 9, pr. Fr. 10, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 59, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. Dans ce passage, la phrase : *Tibi* et *Titio* est, par suite de circonstances particulières, interprétée comme s'il avait été dit : *Tibi* aut *Titio.* — Nous parlerons avec plus de détails du *solutionis causa adiectus* quand nous traiterons du payement, ci-après, § 288. Ici, nous nous bornons à dire que ce personnage n'est autre chose qu'un mandataire du créancier.

particulières, dont les auteurs modernes ont exagéré le nombre et l'importance, à tel point que, d'après quelques-uns d'entre eux, le principe même se trouverait virtuellement détruit dans le droit nouveau [14]. Cette erreur repose sur une confusion d'idées, que nous signalerons, après avoir indiqué les véritables exceptions, qui sont au nombre de deux [15] : 1° Les ascendants qui constituent une dot en faveur de leur descendante peuvent convenir avec le mari qu'après la dissolution du mariage la dot sera remise à leur descendante ou à une autre personne de la famille, qui aura dès lors une action utile en restitution de la dot [16]. Cette exception s'explique par la faveur accordée aux constitutions de dot et par l'organisation particulière de la famille romaine [17]. 2° Le donateur peut

[14] A l'appui de cette thèse, l'on a voulu invoquer le Fr. 53, D., *de adquirendo dominio* 41, 1. « Ea quæ *civiliter* adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus ; veluti stipulationem : quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. » Il est d'abord évident que ce fragment est altéré : on pouvait s'attendre à lire, vers la fin de la première phrase du texte, les mots *veluti per mancipationem ;* mais la stipulation y vient fort mal à propos, et il est certes permis de croire que c'est une interpolation des rédacteurs du Digeste, interpolation étourdie et malheureuse, d'abord parce que la stipulation appartient à un ordre d'idées tout différent de la matière dont traite le texte, ensuite parce que ce contrat, tout en ayant une origine civile, était déjà, avant Gaius, considéré comme étant *iuris gentium* (Gaius, III, 93, et ci-après, § 245, note 8). Quelle qu'ait été, au reste, l'intention des rédacteurs du Digeste au moment où ils faisaient cette interpolation, il est impossible d'admettre qu'ils aient voulu, d'une manière aussi équivoque et presque furtive, introduire dans la législation un principe entièrement nouveau, contraire à la nature des choses et en opposition flagrante avec les règles et décisions nombreuses et précises que nous avons citées dans les notes précédentes, et auxquelles nous ajouterons le Fr. 12, pr. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5, dans lequel, après avoir dit que la *missio* dans les biens d'un débiteur insolvable, obtenue par l'un des créanciers, profite aux autres, on s'empresse d'ajouter : « Nec videtur libera persona adquirere alii : quia nec sibi quidquam adquirit, cui Prætor promittit, sed aliquid ex ordine facit, et ideo ceteris quoque prodest. »

[15] Dans nos éditions précédentes, nous avions cru devoir admettre une troisième exception à cause de la L. un. C., *ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant* 4, 11. Cette loi paraît, en effet, dire que nous pouvons contracter valablement en faveur ou à charge de nos héritiers, sans que de cette convention il résulte une obligation en notre faveur ou à notre charge. Mais quand on examine sérieusement cette constitution obscure et mal rédigée, qui doit probablement son origine à une réaction irréfléchie contre une règle de l'ancien droit, d'après laquelle *obligatio ab herede incipere non potest* (ci-après, § 245, notes 18. 19), on arrive à la conclusion que Justinien a voulu dire tout simplement qu'il est permis de stipuler que l'exécution de l'obligation ne sera point poursuivie durant notre vie.

[16] Paul, Fr. 45, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « Caius Seius, avus maternus, Seiæ nepti, quæ erat in patris potestate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est : *si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiæ uxori vel Caio Seio avo materno redderetur restitueretur*que. Sed dicendum est, Seiæ posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset; sed et permittendam esse nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem : favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est. » — Dioclet. et Maxim. L. 7, C., *de pactis conventis* 5, 14. — *Voy.* aussi Fr. 9. 23, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. et Fr. 45, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[17] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 309. 310.

imposer au donataire l'obligation de rendre la chose donnée à un tiers, lequel aura, le cas échéant, une action utile contre le donataire [18].

Ce n'est que dans ces deux espèces que, pour des motifs particuliers, la loi romaine a réellement dérogé au principe fondamental que nous avons exposé. Il est, à la vérité, d'autres cas encore dans lesquels, au premier abord, on pourrait être tenté de croire que la convention faite entre deux personnes donne à un tiers une action contre l'une ou l'autre des parties contractantes. Mais un examen plus approfondi des textes nous montre que ce n'est point en vertu de la convention, mais par suite d'autres circonstances attributives d'un droit, que le tiers pourra agir. Ainsi 1° l'action du tiers peut provenir de ce qu'il a contre l'une des parties contractantes un droit d'obligation, en vertu duquel il peut forcer cette dernière à lui céder l'action qui lui compète à elle-même contre l'autre partie contractante. Or, nous avons vu ci-dessus, au § 188, que dans cette hypothèse de cession nécessaire on accorde directement, et sans qu'il soit besoin de transfert réel, une action *utile* à celui qui a le droit de demander la cession. Si donc le tiers, dans ces cas, peut agir contre l'un des contractants, ce n'est pas comme créancier direct en vertu de la convention, mais bien comme cessionnaire de l'autre contractant [19]. 2° C'est par le même motif que celui qui agit en notre nom et comme notre représentant nous procure, contre ceux avec lesquels il a contracté, une obligation que nous pouvons poursuivre comme s'il nous avait cédé l'action qui y est attachée [20]. 3° Enfin, d'après le droit de famille des

[18] L. 3, C., *de donationibus quæ sub modo conficiuntur* 8, 55. Nous expliquerons cette exception, ci-après, § 256 *in fine*.

[19] Fr. 13, pr. D., *de pignor. act.* 13, 7. « Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere. » (Cf. Fr. 7, § 1, D., *de distractione pign.* 20, 5, et ci-après, § 242, note 2.) — De même, si j'ai déposé chez un tiers une chose que vous m'avez prêtée, et que je sois convenu avec le tiers qu'il sera tenu de vous la restituer, un rescrit de Dioclétien et Maximien décide : « Nullam te ex eius pacto, contra quem supplicas, actionem stricto iure habere, *utilis autem tibi* propter æquitatis rationem dabitur depositi actio. » L. 8, C., *ad exhibendum* 3, 42. – Fr. 6, *verbis* A quo D., *communia prædiorum* 8, 4.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 188, et ci-après, § 222. – Fr. 6. 47. 57, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6. Cf. (Paul, II, 12, 8) *Collatio leg. Mos.* X, 7, 8, et Fr. 126, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Plane si liber homo *nostro nomine* pecuniam daret, *vel suam vel nostram,* ut nobis solveretur, obligatio nobis creditæ pecuniæ adquiretur. » – L. 4, C., *si certum petatur* 4, 2. – L. 2, C., *per quas personas* 4, 27. – Le Fr. 9, § 8, D., *de rebus creditis* 12, 1. « ... Si numos meos tuo nomine dedero, velut tuos, *absente te et ignorante,* Aristo scribit adquiri tibi condictionem. Iulianus quoque, de hoc interrogatus... scribit, veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio : cum quotidie, crediturí pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro, » appartient à un autre ordre d'idées. Il s'y agit du cas où, d'après vos instructions et en

Romains, le père acquiert forcément par les stipulations des personnes soumises à sa puissance. Mais, dans cette hypothèse, il n'y a point, en réalité, de personne tierce; car le père de famille absorbe la personnalité de tous les autres membres de la famille qui, en vertu d'une fiction du droit civil, ne font qu'une seule et même personne avec lui [21].

§ 207. *Des contrats et des pactes.*

C'est la volonté des parties qui constitue l'élément fondamental des conventions; il s'ensuit que la convention fait loi entre les parties, et les oblige conformément aux dispositions qu'elle renferme. Les Romains reconnaissaient ce principe comme étant de droit naturel [1], et, par conséquent, ils admettaient que toute convention non réprouvée fait naître une obligation naturelle entre les parties contractantes; mais pour que cette obligation eût force exécutoire dans le droit des Quirites, il fallait, de plus, qu'elle eût une cause civile [2]. Les conventions qui contenaient une cause civile étaient garanties par des actions et portaient le nom de *contractus,* tandis que celles sans cause civile étaient désignées par le nom de *pacta, pactiones,* et ne donnaient point, du moins dans l'ancien droit, naissance à une action. — D'après ce que nous venons de dire, il est évident qu'il importe beaucoup de savoir ce qui constitue une cause civile; cependant nous ne trouvons dans les anciens aucune définition de ce terme. Il ne nous reste donc d'autre moyen que de procéder par abstraction, en recueillant les éléments qui, tout en étant communs

votre nom, mais à un moment où vous vous trouvez absent et ignorez, par conséquent, ce que je fais, j'ai remis à un tiers une somme d'argent a titre de prêt. J'ai été l'intermédiaire, non pas de la convention du prêt (qui avait été faite antérieurement entre vous et le tiers), mais de la remise des fonds, et bien que ces fonds soient miens, il n'en est pas moins vrai que le tiers les reçoit comme étant vôtres, et que c'est par conséquent envers vous qu'il se trouve obligé *ex mutuo.* (Cf. Fr. 2, § 4, D., *de rebus creditis* 12, 1.) Les mots : *absente et* IGNORANTE, que quelques auteurs ont invoqués pour soutenir qu'il n'y avait pas de *mandat* dans l'espèce, ne peuvent faire difficulté : TE IGNORANTE veut dire que vous ignorez la remise des espèces, bien que vous m'ayez chargé de l'effectuer, puisque toute l'opération se fait *tuo nomine. Voy.* t. I, § 85, n° 2.

[21] *Voy.* tome I, § 11, III, et ci-après, t. III, § 330. — Cf. § 4, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « ... Ei qui tuo iure subiectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus quæ tibi adquiri possunt... » — Fr. 38, § 17. Fr. 130, D., *de verb. obl.* 45, 1 et *passim.*

[1] Fr. 7, D., *de pactis* 2, 14. « Ait prætor : PACTA CONVENTA... SERVABO. »

[2] Le terme *causa civilis* (sans avoir exactement la signification précise que nous lui donnons dans notre exposé, mais aussi sans exclure cette signification) se trouve au Fr. 49, § 2, D., *de peculio* 15, 1. « Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, *ex causa civili* computandum est. Ideoque, si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla *causa* præcesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem. » — Dans d'autres passages, nous trouvons le mot *causa* tout court. Fr. 7, § 2. 4, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 15, D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

aux divers cas de contrats, ne se rencontrent point dans les pactes [3].

En agissant ainsi, nous découvrons que le caractère distinctif des contrats est la réciprocité, comme l'indique d'ailleurs l'étymologie du mot et le terme grec, συνάλλαγμα, dont les jurisconsultes se servent pour désigner ce qui constitue à la fois la base et le but du contrat [4]. Les Romains, peuple positif et avare [5], ne comprenaient point que quelqu'un pût vouloir aliéner quelque chose ou s'engager sérieusement, à moins d'avoir déjà reçu lui-même une autre prestation, ou d'avoir la certitude d'en recevoir une en échange [6]. C'est cette prestation de l'autre partie qui porte le contractant à s'engager, et constitue pour lui la cause de l'obligation dont il va se charger. Cela nous conduit aux distinctions suivantes que les Romains établissent à l'égard des contrats.

1° La cause a précédé la convention; en d'autres termes, celui qui s'oblige a reçu une chose de l'autre partie, et c'est en échange de cette chose qu'il accorde un droit d'obligation : dans ce cas, on dit que RE *contrahitur obligatio*, c'est-à-dire que c'est la remise d'une chose faite au débiteur qui constitue la cause de l'obligation qu'il contracte [7]. 2° La cause est quelque chose de futur : chacun des contractants ne s'oblige qu'en échange d'une obligation que l'autre contracte envers lui. Dans de pareils

[3] La base et les éléments essentiels de l'hypothèse que nous allons exposer sont empruntés à la première édition de M. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts*, p. 616 sqq. Dans les éditions suivantes, l'auteur n'a pas entièrement maintenu sa déduction, probablement par le motif qu'elle n'a point reçu un accueil favorable. Ces faits ont dû nous engager à soumettre la question à un examen nouveau, mais cet examen nous a déterminé à maintenir notre opinion. Il nous a paru, en effet, qu'il était possible d'une part de consolider l'hypothèse par une argumentation plus rigoureuse, et d'autre part, de réfuter sans trop de peine les objections qu'elle avait soulevées.

[4] Fr. 7, § 1. 2, D., *de pactis* 2, 14. « (Conventiones), quæ pariunt actiones, in *suo nomine* non constant, sed transeunt in *proprium nomen contractus* : ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem : ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias : hoc συνάλλαγμα esse, et hinc civilem nasci obligationem... esse enim *contractum*, quod Aristo συνάλλαγμα dicit... »

[5] POLYBE rapporte que les Romains ne font pas facilement des cadeaux et qu'ils ne payent jamais une dette avant l'échéance. On connaît le proverbe des Romains : *largitionem fundum non habere*. CIC., *de officiis*, II, 15.

[6] C'est cet intérêt réciproque qui constitue ce que les Romains appellent une affaire, *negotium*, et qui contient naturellement une *causa civilis*, car quand on fait *une affaire*, on sait pourquoi on s'oblige. Fr. 15, pr. D., *de præscr. verbis* 19, 5. « Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci, sed habet in se *negotium* aliquod : ergo civilis actio oriri potest... » — Fr. 19, pr. D., *eodem*. — Fr. 22, D., *eodem*. « Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim... mercede data aut constituta, locationis condictionisque *negotium* geritur. » — Fr. 14, D., *de precario* 43, 26, où *negotium* est opposé à *donationes* et *beneficium*.

[7] Dans cette catégorie se rangent le prêt de consommation, *mutuum;* le prêt à usage, *commodatum;* le dépôt, *depositum;* le contrat de gage, *pignus*. A ces quatre cas déterminés on ajouta, par la suite, le principe général qu'un droit d'obligation nous est acquis toutes les fois que quelqu'un a reçu de nous une prestation quelconque en vue de nous en rendre une autre. Les commentateurs ont l'habitude de désigner les obligations qui rentrent dans cette catégorie par le nom de *contractus innominati*. *Voy.* ci-après, § 243.

cas, la remise d'une chose n'est pas nécessaire pour créer un intérêt des deux côtés, c'est la convention même qui le renferme ; aussi le simple consentement suffit-il pour faire naître une obligation civile, (SOLO) CONSENSU *contrahitur obligatio*[8]. — A ces deux causes matérielles les Romains en ont ajouté deux formelles, en admettant que même une convention purement unilatérale acquiert le caractère de contrat quand elle est revêtue d'une forme civile, qui peut être donnée, soit par des paroles solennelles, soit par l'écriture. C'est ainsi que nous trouvons, 3° VERBIS *contracta obligatio* et 4° LITTERIS *contracta obligatio*. Encore verrons-nous ci-après que ces deux formes de contrat, bien qu'elles paraissent dans le droit nouveau comme des conventions unilatérales, dérivent directement de la *mancipatio* et du *nexum*, qui renfermaient originairement un véritable échange, c'est-à-dire une opération essentiellement bilatérale et réciproque[9].

En dehors de ces cas, les conventions ne produisaient point de *contractus;* elles ne constituaient qu'une simple *pactio*, et, ne contenant pas de cause civile, elles ne faisaient point naître d'action. Ce principe rigoureux ne tarda pas à recevoir des modifications[10]. 1° De bonne heure déjà,

[8] Les conventions comprises dans cette catégorie sont au nombre de cinq : la vente, *emtio et venditio;* le louage, *locatio et conductio;* la société, *societas;* le mandat, *mandatum;* auxquels l'empereur Zénon ajouta le *contrat d'emphytéose*. La réciprocité est évidente dans les cas de vente et de louage, où elle est même indiquée par la terminologie romaine ; de même dans le contrat d'emphytéose. La société également est un contrat essentiellement synallagmatique. Le mandat, à la vérité, ne suppose point un intérêt des deux côtés ; cependant, il est à remarquer que ce contrat diffère de tous les autres contrats unilatéraux, parce que, le consentement étant donné, il ne faut plus aucun fait de la part du créancier (comme cela est nécessaire dans le *mutuum*, le *commodat*, etc.) pour créer l'obligation, et même, le cas échéant, pour créer deux obligations, l'une directe, l'autre contraire. Aussi, d'après un passage, malheureusement mutilé, de GAIUS, III, 155, il est bien permis de supposer que les Romains jugeaient anciennement ce contrat comme contenant virtuellement dès l'origine un lien réciproque. Voici ce passage avec les essais de restitution fort probables de Gœschen et de Huschke, que nous donnons entre parenthèses, GAIUS, III, 155. « Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena (id est : sive ut mea) negotia geras, sive ut alterius man(dem tibi, erit mandati) obligatio, ET INVICEM ALTER ALTERI TENEBIMUR (ideo quod tam me tibi impensas, quam te) mihi bonam fidem præstare oportet. » La même idée se trouve ailleurs : CIC., *topica*, 16. « ... quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, ALTERUM ALTERI præstare oporteret. » — PAUL, Fr. 3, § 1, D., *mandati* 17, 1. « ... UTRIMQUE actio nascitur. » — ULPIEN, Fr. 6, § 4, D., *eodem*. « ... ERIT MIHI TECUM actio.... et EGO TIBI sum obligatus. » et Fr. 19, D., *eodem*. « Mandati actio ULTRO CITROQUE est. » Peut-être que, dans l'ancien droit, l'*actio depensi* servait comme *actio directa* dans les cas où l'on employait plus tard l'*actio mandati contraria*. GAIUS, III, 127. IV, 22. *Voy.* ci-après, § 221, note 1. — En ce qui concerne d'autres objections, faites contre notre théorie a propos des contrats consensuels, *voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[9] *Voy.* ci-après, §§ 245 et 247.

[10] Les auteurs modernes disent ordinairement qu'il faut entendre par *contrats* les conventions auxquelles déja l'ancien *ius civile* avait accordé une action, et par *pactes* celles auxquelles l'ancien droit refusait l'exigibilité en justice, et dont quelques-unes seulement ont été, par la suite, munies d'une action. Cette proposition a une base vraie, il est même probable qu'elle était d'une vérite rigoureuse a une époque assez reculée de l'histoire romaine. Mais, pour les derniers temps, elle

la jurisprudence admit que les pactes, ajoutés comme accessoires à un contrat de bonne foi, devaient être considérés comme faisant partie du contrat même, et que l'action résultant de ce dernier pouvait servir également à poursuivre l'exécution du pacte joint, *pacta bonæ fidei contractui adiecta* [11]. 2° Par la suite, le préteur créa des actions pour certaines conventions que l'on a l'habitude d'appeler pactes prétoriens, *pacta prætoria* [12]. 3° Enfin d'autres pactes sont appelés légitimes, *pacta legitima*, parce que des lois impériales les ont munies d'une action [13]. — Les pactes non compris dans ces trois catégories restèrent dénués d'action, et, pour les distinguer des autres, on les appelle communément *nuda pacta*, *nudæ pactiones;* ils ne font naître qu'une obligation naturelle [14].

Voici donc la division romaine des conventions :

I. CONTRACTUS.

A.) Consensu contracta obligatio.

1. La vente, *emtio venditio*. 2. Le louage, *locatio conductio*. 3. La société, *societas*. 4. Le mandat, *mandatum*. 5. Le contrat emphytéotique, *contractus emphyteuticarius*.

B.) Re contracta obligatio.

1. Le prêt de consommation, *mutuum*. 2. Le prêt à usage, *commodatum*. 3. Le dépôt, *depositum*. 4. Le *pignus*, gage. 5. Les contrats *innommés*.

C.) Verbis contracta obligatio, stipulatio.

D.) Litteris contracta obligatio.

Obligations civiles.

est loin d'être exacte. En effet, il est certain que les *pacta bonæ fidei contractui adiecta* pouvaient être poursuivis par une action avant la création des contrats innommés; et le contrat d'emphytéose est d'une origine plus récente que la plupart des pactes sanctionnés. La soi-disant définition dont nous faisons la critique a, de plus, l'inconvénient d'indiquer seulement les effets des institutions qu'elle cherche à définir, sans faire connaître en quoi elles diffèrent par leur nature même. Nous avons montré, ci-dessus, que le caractère distinctif des contrats est la réciprocité, le συνάλλαγμα, tandis que les pactes ne contiennent qu'une obligation unilatérale. — *Voy.* les passages cités aux notes 4 et 6, auxquels on peut ajouter la L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14. « Legem quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse tibi debet, quod dici solet, *ex pacto actionem non nasci*. Tunc enim hoc dicimus, cum *pactum nudum* est : alioquin, cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. »

[11] *Voy.* Fr. 7, § 5, D., *de pactis* 2, 14, et ci-après, § 249.

[12] *Voy.* ci-après, §§ 250 et 251.

[13] *Voy.* ci-après, §§ 252-256.

[14] Paul, II, 14. « ... Ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur. » — Fr. 8 in f. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — *Voy.* aussi les passages cités, ci-dessus, aux notes 3, 6 et 10, ainsi que § 193, note 17, et ci après, § 257.

II. PACTA.

A.) Pactes sanctionnés.

1. *Pacta bonæ fidei contractui adiecta.*
2. *Pacta prætoria.*
   a) Le constitut, *constitutum*. *b*) Le pacte d'hypothèque, *pactum hypothecæ*. *c*) Le *receptum arbitrii*.
3. *Pacta legitima.*
   a) Le pacte dotal, *pactum dotale b*). La donation, *donatio*. *c*) Certaines promesses d'intérêts pour prêts d'argent ou de denrées alimentaires.

Obligations civiles.

B.) Simples pactes, pacta nuda. **Obligations naturelles.**

Observation. L'hypothèse que nous avons émise, dans le paragraphe qui précède, à l'égard du caractère distinctif des *contractus*, a été l'objet de diverses critiques et objections, surtout en ce qui concerne la catégorie des *contrats consensuels*. Nous avons, dans notre exposé, répondu à l'objection fondée sur la nature unilatérale du mandat [15] : il nous reste à examiner succinctement une autre objection, qui consiste à dire que, d'après notre hypothèse, la catégorie des contrats consensuels devrait comprendre un certain nombre de conventions qui impliquent des prestations réciproques et que les Romains pourtant n'admettent point parmi les contrats : tels que le *pactum arrhale*, certaines conventions dotales, le partage extrajudiciaire, la transaction, le compromis [16]. Réservant les détails pour les endroits où il sera traité des conventions indiquées, nous nous bornons ici à répondre : 1° que les arrhes ne constituent point un pacte synallagmatique, mais bien un contrat réel innommé [17] ; 2° que les deux espèces de conventions dotales, visées par M. Schilling, sont tout simplement des *pacta adiecta*, ayant pour but de modifier les effets naturels de la constitution de dot [18] ; 3° que le partage et la transaction ont pour but, non pas de créer une obligation, mais de mettre fin à des rapports obligatoires ou contentieux entre parties, et que ce n'est que tout à fait accidentellement qu'ils peuvent donner lieu à des obligations, qui,

[15] *Voy.* ci-dessus, note 8.

[16] *Voy.* M. Schilling, *Lehrbuch für Institutionen*, t. III, p. 146, et M. Namur, *Cours d'Institutes*, t. I, § 343.

[17] *Voy.* ci-après, § 244, note 1 et § 259. Il est vrai que dans la L. 3, C., *emti* 4, 49, nous lisons les mots « Ex arrhali pacto »; mais ces mots n'y ont aucune signification technique. *Arrhale pactum* veut dire : « la convention arrhale » ou « le contrat arrhal », comme au Fr. 71, pr. D., *pro socio* 17, 2, nous lisons *pactum conventum societatis*, pour « la convention sociale » ou « le contrat social ».

[18] Fr. 4, in f. Fr. 12, § 1, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. — *Voy.* ci-après, t. III, §§ 310 et 318.

dès lors, doivent revêtir la forme qui leur convient [19] ; 4° enfin, que le compromis, tout en ayant certes un caractère synallagmatique, ne crée point une obligation précise, susceptible de contrainte judiciaire; que, de plus, même pour faire naître cette obligation imparfaite, il ne suffit pas du consentement des parties, mais qu'il faut, en outre, l'acceptation de l'arbitre désigné [20]. — On pourrait encore, dans le même ordre d'idées, objecter que le contrat d'échange, bien qu'étant aussi synallagmatique que la vente, n'est point compté parmi les contrats consensuels. Cette objection est très-sérieuse, et nous pensons que, dans cette matière, les jurisconsultes romains ont, en effet, commis une inconséquence. Mais il ne faut pas perdre de vue que le système des contrats, comme toutes les autres institutions romaines, n'a point été créé *à priori*, mais s'est formé insensiblement en conformité des besoins sociaux. D'ailleurs, la célèbre controverse entre les Proculéiens et les Sabiniens [21] prouve clairement que ces derniers, au moins, envisageaient l'échange comme identique avec la vente. La victoire des Proculéiens était certes légitime en ce qui concernait ce dernier point; mais elle aura dépassé le but, comme cela arrive souvent dans des circonstances analogues, en excluant l'échange de la catégorie des contrats consensuels. Cependant, cette méprise n'a guère été sensible, d'abord, parce que le contrat d'échange est d'un usage peu fréquent, ensuite, parce qu'il trouvait une place toute prête dans les *negotia nova* que nous avons l'habitude de désigner par le nom de contrats innommés [22].

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS.

Des contrats consensuels : « solo consensu contrahitur obligatio ».

De la vente. *Emtio venditio* †.

§ 208. *Notion. — Actions résultant du contrat de vente.*

Il y a vente lorsqu'une personne s'oblige à livrer à une autre personne

[19] *Voy.* ci-après, § 278 et 296.
[20] *Voy.* ci-après, § 257, combiné avec § 246.
[21] (Gaius, III, 141) § 2, I., *de emtione* 3, 23, et ci-après, § 209, B. et § 244, n° 1.
[22] *Voy.* ci-après, § 213.
† Gaius, III, 139-141. — Paul, II, 17. — *Vaticana fragmenta* 1-10. — Tit. I., *de emtione et*

une chose pour que cette dernière l'acquière moyennant le payement d'un prix convenu [1].

Le contrat de vente contient donc deux obligations respectives, savoir : 1° pour l'une des personnes, appelée vendeur, l'obligation de livrer la chose ; 2° pour l'autre, appelée acheteur, l'obligation de payer le prix convenu. Aussi, chacune des parties a-t-elle une action particulière, afin de poursuivre l'exécution des prestations qu'elle a le droit de réclamer. L'action accordée à l'acheteur s'appelle *actio emti,* et celle du vendeur, *actio venditi* [2]. Il importe de faire observer que le vendeur n'est pas obligé à donner la chose vendue, ce mot pris dans son sens technique, mais seulement à la délivrer, *tradere*, pour que l'acheteur l'acquière, ou, comme disent les Romains, *ut rem emtori habere liceat* [3].

Pour pouvoir vendre et acheter, il faut naturellement être capable d'aliéner et de s'obliger. Diverses lois ont introduit à cet égard des restrictions particulières. Ainsi les tuteurs, curateurs, mandataires, ne peuvent acheter les biens des personnes dont ils gèrent les affaires [4]. La même défense est faite, sous la peine du quadruple, aux administrateurs publics relativement aux biens dont ils ont l'administration [5]. Les fonctionnaires civils ou militaires ne peuvent acquérir des immeubles dans la province où ils exercent leurs fonctions [6]. Enfin, des constitutions impériales défendent aux *personæ nobiliores* de faire le commerce [7].

Aucune formalité n'est requise pour la validité de la vente, le consentement suffit [8]. Rien n'empêche cependant de convenir que le contrat ne sera parfait qu'après avoir été rédigé par écrit. Dans ce cas, la rédaction

venditione 3, 23. – Titt. D., *de contrahenda emtione* 18, 1 ; *de actionibus emti et venditi* 19, 1. – Tit. Th. C., *de contrahenda emtione* 3, 1. – Tit. I. C., *de contrahenda emtione* 4, 38. – Tit. I. C., *de actionibus emti et venditi* 4, 49.

[1] Pr. I., *de emt. et vend.* 3, 23. – Fr. 1, § 2, D., *de contrah. emt.* 18, 1.

[2] *Actio emti s. ex emto.* – *Actio venditi s. ex vendito,* appelée aussi *actio pretii* dans la L. 7, C., *de act. emti venditi* 4, 49. — Parfois, au reste, les Romains confondent les termes et les emploient indifféremment les uns pour les autres. Fr. 69, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 13, § 25, D., *emti* 19, 1. – Fr. 26. 66, § 2 in f., D., *de evict.* 21, 2. – L. 11, C., *de pactis* 2, 3. – L. 1, C., *si servus extero se emi mandaverit* 4, 36. – Cf. Fr. 19. 20. 33, D., *emti* 19, 1. – Fr. 19, D., *de hereditate vendita* 18, 4.

[3] Fr. 25, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 3, pr. Fr. 11, § 2. Fr. 30, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 8, D., *de evictionibus* 21, 2. – Fr. 13, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. – Fr. 188, D., *de verb. signif.* 50, 16. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, §§ 211. 212, et particulièrement l'Observation ajoutée au § 212.

[4] Fr. 34, § 7, D., *de contr. emt.* 18, 1. – L. 5, C., *eodem* 4, 38. – Fr. 5, § 2. Fr. 6, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. – Fr. 2, § 8. 9, D., *pro emtore* 41, 4.

[5] Fr. 46, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[6] Fr. 6, D., *de off. proconsulis* 1, 6. – Fr. 62, pr. D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 46, § 2, D., *de iure fisci* 49, 14. – Fr. 9, pr. D., *de re militari* 49, 16. – *Voy.* aussi Cic. *in Verrem* II, 4, 5.

[7] L. 3, C., *de commerciis et mercatoribus* 4, 63. – L. 1, C., *negotiatores ne militent* 12, 35.

[8] Fr. 1, § 2, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Est autem emtio iuris gentium, et ideo consensu peragitur ; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras. » (*Voy.* ci-

par écrit est une condition essentielle du contrat, et tant qu'elle n'aura pas été accomplie, il n'y aura qu'une convention, dépourvue d'efficacité civile [9]. Dans certains cas, la loi exige que la vente se fasse par l'autorité publique [10].

§ 209. *Conditions requises.*

Abstraction faite de la capacité personnelle des parties contractantes, la vente exige la réunion de trois conditions : une chose, un prix et le consentement des parties ; *res, pretium, consensus* [1].

A) Une chose, *res, merx* [2]. Sans chose, point de vente [3]. Le mot chose doit, au reste, être pris dans le sens le plus étendu, embrassant tout ce qui peut faire partie d'un patrimoine, et comprenant toutes les choses susceptibles d'aliénation et de transfert [4], aussi bien les choses incorporelles que les choses corporelles. Les choses corporelles, objet du droit de propriété, constituent les hypothèses les plus fréquentes ; mais le contrat de vente peut également avoir pour objet des *iura in re,* des droits d'obligations, enfin toute chose ayant une valeur au point de vue économique. Parmi les *iura in re*, les droits de superficie et d'emphytéose existants peuvent être vendus sans restriction; la convention qui sert à les constituer peut également avoir la nature d'un contrat de vente [5].

dessus, § 200, notes 9 et 10.) – Fr. 2, § 1, D., *eodem.* « Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem. » – Fr. 12, D., *de evictionibus* 21, 2. « Quidam ex parte dimidia heres institutus universa prædia vendidit, *et coheredes pretium acceperunt.* Evictis his quæro an coheredes ex emto actione teneantur? Respondi, si coheredes præsentes adfuerunt, *nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.*– L. 9, C., *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit* 4, 50. — *Voy.* aussi, ci-après, § 209 c.

[9] L. 17, C., *de fide instrumentorum* 4, 21. – *Voy.* ci-dessus, § 200, note 11.

[10] Les ventes publiques, *auctiones* ou *subhastationes* (ci-dessus, t. I, § 97, IV), se font aux enchères. Fr. 2, § 8. 9, D., *pro emtore* 41, 4. – L. 16, C., *de rescind. vendit.* 4, 44. – Tit. C., *de fide et iure hastæ fiscalis* 10, 3. — Cette forme est également prescrite pour la vente des gages saisis, *pignora ex causa iudicati capta* (Tit. C., *si in causa iudicati* 8, 25); pour la vente des biens des debiteurs du fisc (L. 16, C., *de rescind. vend.* 4, 44. – L. 1. 2. 6, C., *de fide et iure hastæ fiscalis* 10, 3); ainsi que pour celle des biens appartenant aux villes, aux églises et aux établissements de bienfaisance. L. 3, C., *de vendendis rebus civitatum* 11, 31. – *Nov.* 120, c. 6, § 2.

[1] Si l'une de ces trois conditions manquait, il n'y aurait pas de vente : à défaut de consentement, il n'y aurait pas même de convention. Mais une convention qualifiée de *vente* par les parties, et à laquelle manquerait soit la chose à livrer par le vendeur, soit le prix à payer par l'acheteur, aurait la nature d'une autre convention, par exemple, d'une donation, et devrait être jugée en conséquence. — Voir, ci-après, note 30, et ci-dessus, § 202 †.

[2] Le mot *merx* est employé de préférence pour désigner les choses mobilières formant l'objet d'une vente. Fr. 1, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 66, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[3] Fr. 8, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Nec emtio, nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi. »

[4] Fr. 34, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Omnium rerum, quas quis vel habere vel possidere vel persequi potest, venditio recta fit. Quas vero natura vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. » — Cf. ci-dessus, § 199, note 5 et Obs. 1.

[5] *A*) Fr. 32, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – L. 3, C., *de iure emphyteutico* 4, 66. – Arg. Fr. 16,

Le droit d'hypothèque aussi peut être vendu, mais seulement avec la créance dont il forme l'accessoire [6]. Une considération analogue s'applique aux servitudes prédiales, qui ne peuvent être cédées qu'avec le fonds auquel elles sont attachées [7]. Les servitudes personnelles ne sont point aliénables, parce qu'elles sont inhérentes à l'individualité du titulaire; mais l'usufruitier peut céder l'exercice de son droit, et, s'il le fait moyennant un prix global en argent, cette cession constitue une véritable vente [8]. Il en est de même de la convention par laquelle nous consentons à constituer une servitude quelconque moyennant un prix en argent [9]. La simple possession d'une chose peut aussi être l'objet d'une convention de vente [10]. Mentionnons encore comme choses vénales sous le Bas-empire certains offices publics, *militiæ* [11]. — Quant aux droits d'obligations, ils ne peuvent point eux-mêmes être cédés, mais nous avons vu ci-dessus que le créancier peut transférer à un autre le droit de poursuivre l'exécution de sa créance avec l'autorisation d'en garder le produit. Pareil transfert, qui se fait au moyen de la cession de l'action, constitue une vente, s'il est convenu moyennant un prix d'argent [12]. — Enfin une hérédité peut être l'objet de notre contrat [13]. L'ancien droit romain défendait, à la vérité, tout traité relatif à la succession d'une personne encore vivante, et cette prohibition, fondée autant dans la nature des choses que sur des considérations morales [14], a été maintenue par Justinien, sauf

§ 2, D., *de pignorat. actione* 13, 7; Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1; Fr. 15, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. Cf. ci-dessus, t. I, § 147, n° 2 et § 152, note 9. — *B*) Fr. 1, § 1, D., *de superficiebus* 43, 18. « ... Si conduxit superficiem, ex conducto; si emit, ex emto agere cum domino soli potest. » — Nous ne connaissons aucun texte relatif à l'emphytéose, mais il est évident que la convention par laquelle je m'engage, moyennant un prix d'argent, à vous concéder un droit d'emphytéose constituerait un contrat de vente. — Cf. ci-après, note 9.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 190, note 8, et t. I, § 159, note 2.

[7] Fr. 23, § 2. Fr. 36, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 12, D., *communia prædiorum* 8, 4.– Fr. 20, § 1, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. — Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire de la chose assujettie *rachète* la servitude dont elle est grevée.

[8] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 126 *in fine*. — Cf. ci-après, § 217, note 1.

[9] Fr. 40, § 1. Fr. 80, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 8, § 2, D., *de periculo* 18, 6.– Fr. 3, § 2. Fr. 6, § 5, D., *emti* 19, 1. – Fr. 11, § 2. Fr. 12, D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. ci-dessus, t. I, § 155, note 24. – Fr. 10. 46, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. Cf. Fr. 2, § 19, D., *de hereditate vendita* 18, 4. Fr. 48, § 6, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[10] Fr. 34, § 4, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Rei suæ emtio tunc valet, cum ab initio agatur ut possessionem emat quam forte venditor habuit et in iudicio possessionis potior esset. » Cf. ci-après, note 22. – Fr. 28 in f. D., *de adquir. possessione* 41, 2.

[11] L. 27, C., *de pignoribus* 8, 14. – *Nov.* 53, c. 5; 97, c. 4. — Cf. ci-dessus, t. I, n°s 205 et 209; § 155, note 27; § 164, note 7.

[12] *Voy.* ci-dessus, §§ 187-190.

[13] Le Digeste et le Code consacrent des titres spéciaux à cette matière. Titt. D., *de hereditate vel actione vendita* 18, 4; C., *eodem* 4, 39.

[14] Fr. 1, D., *de hered. vendita* 18, 4. « Si hereditas venierit eius qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti : quia *in rerum natura non sit quod venierit.* » – Fr. 7, D., *eodem.* – Fr. 62, D., *de regulis iuris* 50, 17. – Fr. 29, § 2, D., *de donat.* 39, 5. « ... Quoniam adversus bonos mores et

une modification dont nous avons déjà parlé [15]. Mais la défense ne s'applique pas à l'hérédité, c'est-à-dire à la succession d'une personne défunte. La vente d'une hérédité oblige les parties tout comme la vente d'une autre chose aliénable [16]. — Nous pouvons vendre et acheter des choses qui n'existent pas encore, mais dont l'existence future est plus ou moins probable [17]. Parmi les ventes de choses futures, nous avons à signaler particulièrement deux espèces que les commentateurs désignent par les noms de *emtio spei* et *emtio rei speratæ* *, selon qu'il est entièrement incertain si l'espérance produira quelque chose ou que le *quantum* du résultat seulement est resté dans le doute [18]. Dans le premier cas, la vente sort ses effets, quand même la chose dont on espérait l'existence ne viendrait pas à exister, pourvu qu'aucune faute ne puisse être imputée à l une ou à l'autre des parties [19]. Dans le second cas, il n'y a pas de vente, si, à l'époque désignée il n'y a pas de chose, sauf cependant les dommages et intérêts auxquels le vendeur peut s'exposer, s'il savait ou pouvait savoir que la chose n'existerait pas [20]. La même convention peut, selon les cir-

ius gentium festinasset... » — L. 30, C., *de pactis* 2, 3. « ... Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosæ esse videntur et plenæ tristissimi et *periculosi eventus*... » C'est à cause de l'immoralité de l'opération que la loi ne se borne pas à annuler le traité, mais punit, de plus, le cédant, en le privant de son droit éventuel de succession : *Hereditas ei* UT INDIGNO AUFERTUR. Fr. 2, § 3, D., *de his quæ ut indignis auferuntur* 34, 9. — Fr. 29, § 2. Fr. 30, D., *de donationibus* 39, 5.

[15] L. 30, C., *de pactis* 2, 3. — *Voy.*, sur cette matière en général, ci-dessus, § 199, note 7, et ci-après, t. III, § 374, notes 1-3.

[16] Pareille opération peut se présenter de différentes manières : 1° Vente d'une hérédité déférée ou acquise au vendeur. C'est l'espèce la plus fréquente et la plus intéressante, produisant des effets fort compliqués, que nous exposerons au livre qui traite *des Successions à cause de mort*, ci-après, t. III, § 413. — 2° Vente d'une hérédité appartenant ou déférée à une personne tierce. Cette opération est soumise aux règles générales du contrat de vente. — 3° Vente d'une éventualité, de l'espoir d'être héritier, le vendeur cédant *quidquid iuris haberet, si qua sibi hereditas est, si quid iuris esset.* Fr. 10. 11-12, D., *de hereditate vendita* 18, 4. Cette opération doit être jugée d'après les règles des ventes aléatoires, *emtio spei* ou *rei speratæ* * (ci-après, notes 18-20).

[17] Fr. 8, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Nec emtio, nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur ; sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut fiant, ex emto agi posse. 1. Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Emtio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est, et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur. » Cf. Fr. 34, § 2, D., *eodem*.

[18] Le mot *emtio spei* se trouve dans le Fr. 8, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1, transcrit à la note précédente ; les auteurs modernes ont créé le terme *emtio rei speratæ*.

[19] Fr. 8, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1, ci-dessus, note 17. — Fr. 11, § 18 in f., D., *emti* 19, 1. « ... Cum futurum iactum retis a piscatore eminus, aut indaginem plagis positis a venatore vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium præstare necesse habebit... » — Fr. 12, D., *eodem*. « Si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei æstimandum est : si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id æstimari debet, quod extraxit. » — Fr. 10. 11. 12, D., *de hereditate vendita* 18, 4.

[20] Fr. 8, pr. D., *de contrah. emt.* 18, 1, ci-dessus, note 17. — Fr. 78, § 3, D., *eodem*. — Cf. Fr. 7. 8. D., *de hereditate vendita* 18, 4. Le Fr. 39, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1, d'une

constances et l'intention des parties, présenter le caractère d'*emtio spei* ou d'*emtio rei speratæ*. Dans le doute, il faut se prononcer en faveur de la dernière hypothèse, le contrat de vente étant, de sa nature, commutatif.— Rappelons ici deux observations que nous avons suffisamment établies ci-dessus en traitant des conventions en général, savoir, d'une part, que le vendeur n'a pas besoin d'être propriétaire de la chose qu'il s'engage à faire avoir à l'acheteur, en d'autres termes que l'on peut valablement vendre la chose d'autrui [21], et, d'autre part, que nous ne pouvons acheter une chose qui nous appartient déjà [22].

B) Un prix, *pretium* [23]. Le prix doit consister en une somme d'argent. Ce point était autrefois controversé entre les deux écoles; mais Justinien a décidé la controverse en faveur des Proculéiens et contrairement aux Sabiniens, qui admettaient que le prix pourrait consister en toute autre chose [24]. Le prix doit être certain, *certum*, c'est-à-dire déterminé ou

rédaction peu claire, a donné lieu à divers essais d'interprétation. Voici, d'après nous, la plus probable : « Une récolte d'olives ayant été vendue à un prix égal à la valeur de dix livres d'huile, l'acheteur est tenu de payer ce prix quelle que soit la récolte, ne donnât-elle que cinq livres d'huile. » Une interprétation différente, impliquant un changement de texte (*ab emtore petere potest*, au lieu de *emtor petere potest*) se trouve chez Pothier, *Pandectæ Iustinianeæ*, II, 14, 71 in fine. — Caton, *de re rustica*, c. 146. 147, nous donne des formules d'achat de récolte, *oleæ pendentis, vini pendentis*.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 199, Observation 2, et ci-après, §§ 211. 212.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 199, note 3, b et Fr. 45, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Neque pignus neque epositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest. » — Fr. 16, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Suæ rei emtio non valet, sive sciens sive ignorans emi; sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit. 1. Nec tamen emtioni obstat, si in ea re ususfructus dumtaxat ementis sit. » — Fr. 18, pr. Fr. 39, D., *eodem*. — (*Vaticana fragmenta* 293.) L. 4, C., *de contrah. emtione* 4, 38. « .... cum rei propriæ emtio non possit consistere. » — L. 10, C., *eodem*. — Rien n'est plus facile que d'expliquer les contradictions apparentes qui se trouvent au Fr. 16, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1, transcrit plus haut; au Fr. 34, § 4, D., *eodem*. « Rei suæ emtio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in iudicio possessionis potior esset. » et aux Fr. 61, D., *eodem*; Fr. 28, D., *de adquirenda possessione* 41, 2. Dans tous ces cas, la convention se rapporte, il est vrai, à une chose qui nous appartient; mais ce que nous acquérons n'est point à nous au moment où nous contractons. Ainsi, dans le Fr. 34, § 4, D., *cité*, nous achetons, non pas notre chose même, mais la possession qui dans ce moment est au vendeur. Cf. ci-dessus, note 10. Nous parlerons du Fr. 6, § 4, D., *de precario* 43, 26, qui appartient au même ordre d'idées, quand nous traiterons du précaire, ci-après, § 244, n° 3.

[23] § 1, I., *de emtione et vend.* 3, 23. — Fr. 2, § 1. Fr. 7, § 1. 2. D., *de contr. emt.* 18, 1.

[24] Voyez, sur cette controverse, Gaius, III, 141. — Paul, Fr. 1, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1, et § 2, I., *de emt. et vend.* 3, 23. — L'opinion des Proculéiens, qui établissaient une différence fondamentale entre la vente et l'échange, n'est guère d'accord avec nos principes d'économie politique. Toutefois, ils avaient indubitablement raison au point de vue du droit romain (et même pratiquement au point de vue de nos rapports économiques d'aujourd'hui). Dans la législation romaine, en effet, les obligations du vendeur diffèrent essentiellement de celles de l'acheteur; partant il y a nécessité d'assigner à chacune des deux parties contractantes le rôle qui lui doit revenir. L'expédient proposé par Cœlius Sabinus, qui voulait considérer comme vendeur la personne qui fait les premières offres, est évidemment insuffisant et irréalisable; et quand même il pourrait être pratiqué, il consacrerait arbitrairement une inégalité de position que rien ne justifie.

susceptible d'être déterminé d'une manière précise [25]. Si la fixation du prix est abandonnée à la volonté de l'une des parties, il n'y a pas de vente. Cependant il n'est pas nécessaire que les parties en connaissent actuellement le montant : il suffit qu'il y ait possibilité de le déterminer avec exactitude [26]. Ainsi, Justinien a permis aux parties d'en abandonner la fixation à l'arbitrage d'une tierce personne déterminée [27]. Dans ce cas, la vente est réputée faite sous condition : les parties sont liées par l'estimation du tiers désigné [28]; mais si le tiers ne veut ou ne peut estimer, il n'y a pas de prix et, par conséquent, pas de vente [29]. — Le prix doit, de plus, être *verum*, c'est-à-dire sérieux et non simulé. Il y a simu-

La distinction des Proculéiens, au contraire, est conforme aux idées des Romains, qui jugent toujours différemment la *dation* d'une somme d'argent et la *dation* ou *livraison* de toute autre chose. Elle a, de plus, le mérite d'être précise et de donner toujours un résultat certain. C'est probablement surtout cette considération qui l'a fait prevaloir et qui, en même temps, y a fait admettre un tempérament. En effet, dès que l'une des parties s'engage à donner une somme d'argent contre une chose, il est certain que c'est elle qui *achète* et l'autre qui *vend*. Dès lors, les rôles sont définitivement assignés, et rien ne s'oppose à ce que le prix de vente comprenne encore autre chose en dehors de la somme d'argent. Fr. 6, § 1, D., *emti* 19, 1. « Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias; si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit. » — Fr. 6, § 2, D., *eodem*, et Fr. 79, D., *de contr. emt.* 18, 1. — Fr. 34, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 9, C., *de rescind. venditione* 4, 64. — Il va sans dire, au reste, qu'une convention particulière par laquelle les parties conviendraient de remplacer le prix de vente par une autre prestation serait sans influence sur la nature originaire du contrat. Fr. 144, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 21, § 1, D., *emti* 19, 1. — L. 9, C., *de rescind. vendit.* 4, 64. — L. 4, C., *de evictionibus* 8, 54. Cf. Gaius, III, 141 in f. et L. 1, C., *de permutatione* 4, 64.

[25] Gaius, III, 140. — Pr. § 1, I., *h. t.* 3, 23. Cf. Pr. § 1, I., *de locatione* 3, 24. — Fr. 7, § 1. 2. Fr. 35, § 1. Fr. 37. Fr. 72, pr. in f. D., *de contr. emt.* 18, 1. — L. 13, C., *h. t.* 4, 38. Cf. L. 15, C., *eodem*. — Si une chose a été commandée et livrée à charge pour l'acceptant de payer un prix qui n'a point été fixé d'avance, il y a contrat innommé, c'est-à-dire que celui qui a livré la chose peut la répéter si l'on ne tombe d'accord, ou bien demander *id quod sua interest*, d'après l'appréciation du juge, au moyen de l'*actio præscriptis verbis*. § 1, I., *de locatione* 3, 24. — Fr. 22, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. Cf. Gaius, III, 143, et ci-après, § 243.

[26] *A*) *Voy.* ci-dessus, § 199, notes 1. 9, et Gaius, III, 140. — § 1, I., *h. t.* 3, 23. — Fr. 35, § 1. Fr. 72, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. — *B*) Fr. 7, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Huiusmodi emtio : Quanti tu eum emisti ; quantum pretii in arca habeo, valet : nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione. Magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est. » — Fr. 7, § 2. Fr. 37, D., *eodem*.

[27] Si, en effet, on n'était pas convenu de la personne, il pourrait y avoir désaccord au moment où il y aurait lieu de la désigner, et dès lors le consentement ferait défaut. *Voy.* les textes cités à la note suivante, et surtout le Fr. 25, pr. D., *locati* 19, 1. Le Fr. 16, § 4, D., *de pignoribus* 20, 1 n'est pas contraire. L'arbitre dans ce texte est la personne qui, à l'époque désignée (*tunc*), sera le juge compétent de la partie qui oblige l'autre partie à recourir à la justice. C'est analogue à la convention par laquelle je vous vends cent hectolitres de grains, livrables à Anvers, tel jour, au prix que fixera le syndic de la corporation des courtiers en grains.

[28] Cela est indubitable, sauf le cas où il y aurait lésion d'outre-moitié au préjudice du vendeur. Cf. ci-après, § 214, note 10. — Pourquoi, dans notre cas, les parties sont-elles liées par l'estimation, tandis que, dans d'autres hypothèses d'arbitrage, la partie qui se croit lésée peut en appeler à justice? *Voy.* ci-après, § 226, n° 4 *in fine*.

[29] Gaius, III, 140. « Pretium autem certum esse debet : alioquin, si inter eos convenerit, ut

lation de prix quand, d'après l'intention des parties, la somme convenue dans l'acte ne doit pas être payée. Il faut en dire autant quand le prix stipulé est tellement insignifiant qu'il ne saurait être considéré comme sérieux [30]. On comprend, au reste, que c'est une question de fait dont l'appréciation dépend des circonstances, et que ce serait aller trop loin que de voir une simulation toutes les fois que les parties ont fixé un prix sensiblement inférieur à la valeur vénale de la chose. — Faisons observer ici qu'il est inexact de dire que le contrat de vente, pour être valable, exige un prix proportionné à la valeur réelle de la chose, *pretium iustum*. Nous réfuterons et expliquerons cette erreur quand nous traiterons de la rescision de la vente pour cause de lésion d'outre-moitié [31].

C) Le consentement des parties, *consensus*. Le consentement suffit pour parfaire le contrat de vente, c'est-à-dire pour faire naître entre les parties les obligations respectives qui dérivent de la nature de ce contrat [32]. — En général, on ne peut être forcé d'acheter ou de vendre. Ce principe est pourtant soumis à quelques exceptions dont voici les plus importantes [33] : 1° Le particulier peut être forcé de vendre sa propriété pour

quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit emta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere, quam sententiam Cassius probat; at Ofilius et eam emtionem putat et venditionem, cuius opinionem Proculus secutus est. » La controverse fut décidée d'après l'opinion d'Ofilius et de Proculus par la L. 15, C., *h. t.* 4, 38, dont la disposition se trouve reproduite au § 1, I., *h. t.* 3, 23. – Cf. § 2, I., *de locatione* 23, 4, et Fr. 25, pr. D., *eodem* 19, 2.

[30] Fr. 36. 38, D., *de contrah. emt.* 18, 1. – Fr. 46, D., *locati.* – Fr. 10, § 2, D., *de adquir. poss.* 41, 2. – L. 3. 9, C., *de contrah. emt.* 4, 38. — Dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, il n'y a point de vente (*voy.* les textes cités et le Fr. 55, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Nuda et imaginaria venditio pro non facta est : et ideo nec alienatio eius rei intelligitur); mais la convention peut valoir comme donation, pourvu que, telle étant l'intention des parties, toutes les conditions requises pour la donation se trouvent réunies et qu'il n'y ait point d'obstacle à la validité d'un pareil acte de libéralité. Fr. 36, D., *h. t.* 18, 1. – Fr. 38, D., *eodem.* « Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est; quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. » – L. 3. 9, C., *eodem* 4, 38. – Fr. 12 pr. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 5, § 5. Fr. 7, § 6. Fr. 31, § 3 in f. Fr. 32, § 25. 26, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 1, § 12-16, D., *si quid in fraudem patroni* 38, 5. – Fr. 6, D., *pro donato* 41, 6. – Fr. 7, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. – *Voy.* ci-dessus, § 202 †, et ci-après, §§ 254. 300; t. III, § 317.

[31] *Voy.* ci-après, § 214.

[32] Le consentement doit tomber sur l'intention réciproque des parties d'aliéner telle chose moyennant la dation de tel prix. Fr. 9, pr. Fr. 80, § 3, D., *h. t.* 18, 1. *Voy.* ci-dessus, § 200 et § 201, notes 6, 7 et 8. — Il peut être donné *per nuntium*, par lettres missives et même tacitement. Fr. 1, § 2, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 12, D., *de evictionibus* 21, 2. « Quidam ex parte dimidia heres institutus, universa prædia vendidit, et coheredes pretium acceperunt. Evictis his, quæro an coheredes ex emto actione teneantur. Respondi, si coheredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse. » *Voy.*, au reste, ci-dessus, § 208, note 8 et § 200, vers la fin.

[33] On ne peut considérer comme constituant une exception le cas où nous sommes obligé de vendre ou d'acheter une chose par suite d'une obligation qui nous incombe par testament ou que

cause d'utilité publique [34]. 2° Tout créancier hypothécaire a le droit de forcer les autres créanciers qui ont un droit d'hypothèque sur la même chose, à lui céder ce droit moyennant payement de la créance pour la sûreté de laquelle il est constitué, *ius offerendæ pecuniæ* [35]. 3° Celui qui a enterré un mort sur le terrain d'autrui peut être forcé de l'enlever ou d'acheter le lieu de la sépulture [36]. 4° Le propriétaire d'un terrain qu'il est indispensable de traverser pour arriver à un tombeau, peut être forcé par le propriétaire du tombeau à lui céder le passage moyennant une juste indemnité [37]. 5° Enfin, dans certains cas, le maître d'un esclave peut être contraint à le vendre ou à lui accorder la liberté moyennant un prix d'argent [38].

Dès que les conditions exposées ci-dessus se trouvent réunies, le lien obligatoire résultant du contrat de vente est formé entre parties [39], et il ne peut plus être résilié que d'un commun accord [40].

nous nous sommes volontairement imposée nous-même. Fr. 49, § 8. 9. Fr. 66, D., *de legatis I* (30). — Fr. 75, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 21, § 5, D., *emti* 19, 1. — Fr. 122, § 3, D., *de verborum obl.* 45, 1. — Cf. ci-après, § 249, nos 1. 2.

[34] Les Romains ont admis de tout temps le droit de l'État (et même des communes) d'exproprier, pour cause d'utilité publique, non-seulement les immeubles, mais aussi des objets mobiliers de première nécessité, par exemple, grains, huiles, etc., comme aussi les esclaves. TABLE D'OSUNA, c. 99. — TITE-LIVE, XXXIX, 44. XL, 51. XLIV, 16. — TACITE, *Ann.* II, 87. — FRONTIN, *de aquis*, c. 125. 128. — Fr. 14, § 1, D., *quemadm. servitutes amitt.* 8, 6. « Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet. » Cf. Fr. 1, § 25, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — L. 9, C., *de operibus publicis* 8, 12 et *passim*. **Denrées.** TACITE, *l. l.*—Fr. 27, § 3, D., *de usufructu* 7, 1.—Tit. C., *ut nemini liceat in coemtione specierum se excusare* 10, 27. **Esclaves**. *Voy.* VALÈRE-MAXIME, V, 6, 8 et, t. III, §§ 333. 336.—Le principe de l'indemnité (? PRÉALABLE), consacré par nos législations modernes, est indiqué dans les textes suivants : Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4 ; L. 53, Th. C., *de operibus publicis* 15, 1 ; L. 2, I. C., *pro quibus causis* 7, 13 ; L. 2, C., *ut nemini liceat* 10, 27 ; *Nov.* 7, c. 12, et dans plusieurs passages concernant les esclaves, entre autres chez VALÈRE-MAXIME, V, 6, 8. « Domini quoque eorum servorum, quos Sempronius Gracchus ob insignem pugnam Beneventi manumiserat, pretia ab Imperatore exigere supersederunt. » — FRONTIN, *de aquis*, c. 125, nous donne le texte d'un sénatus-consulte du temps d'Auguste, qui permet d'extraire et d'enlever, dans les propriétés voisines, de la terre, des pierres et d autres matériaux nécessaires pour la réparation de certains aqueducs, SINE INIURIA PRIVATORUM, VIRI BONI ARBITRATU. LE MÊME *ibidem*, c. 128, dit que les Romains procédaient dans les expropriations avec beaucoup de ménagements ; notamment « cum aquas perducerent, si difficilior possessor in *parte* vendenda fuerat, pro *toto agro* pecuniam intulerunt et post determinata necessaria loca, rursus eum agrum vendiderunt. » — On trouve des détails intéressants sur la matière dans un article de M. FRESQUET, *Revue historique de droit*, 1860, p. 97 sqq.

[35] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 164, n° 4.

[36] Fr. 7, pr. D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 2, § 1. 2, D., *eodem*.

[37] Fr. 12, D., *de religiosis* 11, 7. — *Voy.* t. I, § 141, OBSERVATION.

[38] *Voy.* ci-après, t. III, § 336, note 5.

[39] Même dans la vente conditionnelle, bien que dans cette hypothèse l'*efficacité* de l'obligation soit en suspens. Fr. 6, § 2, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 8, pr. D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18. 6, ci-dessus, § 205, I, A. B.

[40] L. 5, C., *de obl. et act.* 4, 10. — L. 3, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. « De contractu venditionis et emtionis iure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur, nec

§ 210. *Effets du contrat de vente. — Pour l'acheteur.*

L'acheteur est tenu de payer le prix d'achat et d'en transférer la propriété au vendeur [1]. Il doit les intérêts du prix à partir du jour où il a été mis en jouissance de la chose [2]. Il doit, de plus, tenir compte au vendeur des dépenses que celui-ci a faites depuis la vente pour l'entretien et la conservation de la chose [3]. — L'acheteur ne peut se dispenser d'accomplir ses obligations, quand même il aurait de justes motifs de craindre que la chose vendue n'appartienne à un tiers qui serait en droit de la revendiquer [4]; mais, si le vendeur demande son payement avant la délivrance de la chose, l'acheteur pourra le repousser par l'*exceptio non adimpleti contractus* [5]. — Par rapport à ces prestations, l'acheteur est tenu de toute faute, conformément aux principes généraux [6]. — L'exécution des obligations à charge de l'acheteur se poursuit au moyen de l'*actio venditi*, qui se divise contre plusieurs intéressés en proportion de leurs parts respectives [7].

ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostro uti, sæpe constitutum est. » — L. 6, C., *eodem*. « Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. »

[1] Fr. 11, § 2, D., *emti* 19, 1. « ... Emtor autem numos venditoris facere cogitur. — Fr. 1, pr. D., *de rerum permutatione* 19, 4. — L. 7, C., *emti* 4, 49.

[2] Quelques auteurs restreignent l'obligation de payer les intérêts à partir du jour de la délivrance, au cas où la chose livrée produit des fruits ou autres revenus; mais la lecture attentive des textes qui s'occupent de la question prouve que les intérêts sont dus comme récompense de la jouissance *en général*, et que la mention des fruits qui se rencontre dans quelques textes est uniquement déterminée par les circonstances particulières de l'espèce. Paul, II, 17, 9. — *Vaticana fragmenta* 2. — Fr. 13, § 20, D., *emti* 19, 1. — Fr. 16, § 1. Fr. 18, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — L. 5, C., *emti* 4, 49. — Il va sans dire que les intérêts sont toujours dus en cas de demeure ou quand les parties en sont spécialement convenues. Fr. 19, D., *de periculo rei vend.* 18, 6. — L. 13, C., *emti* 4, 49. — L. 5, C., *de pactis inter emtorem et vendit.* 4, 54. — *Voy.* ci-dessus, § 182, note 12.

[3] Fr. 13, § 22, D., *emti* 19, 1. — L. 16, C., *eodem* 4, 49.

[4] *Voy.* ci-après, § 212, notes 18. 19.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 204, notes 5 et suivantes.

[6] Comme l'objet de la prestation due par l'acheteur est régulièrement un *genus*, il ne peut guère être question de force majeure ni de faute, que par rapport au lieu et au temps de l'exécution. Nous renvoyons à cet égard aux §§ 177-180, en rappelant que l'acheteur peut se rendre coupable de *mora*, non-seulement en ne payant pas, au moment voulu, le prix d'achat, *mora solvendi* (ci-dessus, note 2), mais aussi en refusant ou en négligeant de prendre livraison de la chose, *mora accipiendi*. Fr. 1, § 3. 4. Fr. 2, pr. D., *de periculo* 18, 6. *Voy.* ci-dessus, § 180, B.

[7] Du moins, en ce qui concerne l'obligation principale résultant de l'achat, qui est évidemment divisible puisqu'elle consiste à *donner* une somme d'argent. (*Voy.* ci-dessus, § 192, note 9.) Le contraire est enseigné par la plupart des commentateurs français d'après l'autorité de Cujas, mais certes à tort. Dans les textes invoqués par ces auteurs, Fr. 13, § 8, D., *emti* 19, 1. — Fr. 78, § 2, D., *de contr. emt.* 18, 1 (auxquels on peut ajouter le Fr. 31, § 8, D., *de Ædil. edicto* 21, 1), il ne s'agit point, en effet, de l'*actio venditi* dirigée contre plusieurs acheteurs, mais de la question de savoir si un seul des acheteurs peut, en offrant sa part du prix, exiger la livraison de la chose ou tout au moins de sa part respective, question qui est naturellement résolue dans le sens de a

Dès que le contrat est parfait, encore que ni l'une ni l'autre des parties ne l'ait exécuté, la chose vendue est aux risques et périls de l'acheteur; de façon que, si, avant d'être livrée, la chose vient à périr ou à subir des détériorations par suite d'un pur cas fortuit, le prix n'en peut pas moins être exigé de l'acheteur et doit être payé par lui, bien qu'il ne reçoive rien ou qu'il ne reçoive qu'une chose détériorée [8]. Il va sans dire que cette règle ne s'applique qu'aux ventes de choses individuellement déterminées, *species;* car, quand l'objet de la prestation n'a pas ce caractère, il ne saurait être question de perte fortuite : *genus non perit* [9]. Cette dernière observation s'applique particulièrement aux choses fongibles : lors cependant qu'une certaine quantité de choses fongibles est vendue en bloc, c'est-à-dire pour un seul prix global, *per aversionem*, il y a vente d'un ensemble de choses individuellement déterminées et, par suite, les risques et périls sont immédiatement pour l'acheteur [10]. La vente de choses qui doivent être goûtées et agréées est considérée par les Romains comme ayant été faite sous la condition de la dégustation et de l'agréation, alors même que les choses feraient partie d'un ensemble individuellement déterminé. Il s'ensuit qu'il n'y a point d'obligation à charge de

négative pour la double raison : 1° que le vendeur n'est pas tenu de livrer la chose sans recevoir l'intégralité du prix; 2° qu'en échange de la moitié du prix, il ne peut partiellement exécuter une prestation indivisible. Cf. ci-dessus, § 204, notes 4-8; § 192, notes 14. 28. 43, et ci-après, § 211, notes 19-21. — De ce que l'obligation de payer le prix est divisible, il ne résulte point, au reste, que toutes les obligations de l'acheteur aient toujours le même caractère. Si, par exemple, le prix d'achat comprend, outre une somme d'argent, d'autres prestations à exécuter par l'acheteur (ci-dessus, § 209, note 24 *in fine*), son obligation peut évidemment revêtir un caractère indivisible. Cf. ci-dessus, § 192, note 21.

[8] *Vaticana fragm.* 23. — § 3, I., *de emtione et vend.* 3, 23, ci-dessus, § 177, note 5. — Fr. 34, § 6, D., *de contr. emt.* 18, 1. — Fr. 5, § 2, D., *de rescindenda venditione* 18, 5. — Fr. 1, pr. Fr. 4, § 1. Fr. 8, pr. D., *de periculo rei venditæ* 18, 6. — Fr. 14. 15, D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 1. 4. 5. 6, C., *eodem* 4, 48. Cf. ci-dessus, § 177. — Quelques auteurs modernes ont voulu contester cette règle, fondée sur les principes généraux et consacrée de la manière la plus formelle par les textes cités; mais les passages invoqués par eux ne l'infirment en rien. Les Fr. 12. 13. 14, D., *de periculo rei vend.* 18. 6, traitent d'un dommage causé, non pas par cas fortuit, mais par la faute de l'une des parties. Le Fr. 33, *verbis* Nam et si vendideris D., *locati* 19, 2, paraît, au premier abord, plus embarrassant, mais toute difficulté disparaît quand on admet qu'il s'y agit d'un fonds que le fisc avait le droit de s'approprier pour une cause dont le vendeur n'avait point connaissance. Dès lors, en effet, le fonds doit être considéré comme entaché d'un vice rédhibitoire, et l'acheteur aura, par suite, le droit d'exiger la restitution du prix au moyen de l'action rédhibitoire. *Voy.* ci-après, § 213, notes 16. 24. Des exemples de choses échues au fisc, et susceptibles d'être vendues de bonne foi et sans qu'aucune faute puisse être reprochée au vendeur, nous sont fournies par les terres arcifinales des frontières de l'empire dont l'octroi pouvait toujours être révoqué par l'État (t. I, n° 88 *in fine* et n° 230; § 146, note 4) et par les choses laissées par disposition testamentaire à un incapable ou à un indigne, quand la loi les attribue au fisc qui peut les reprendre en quelques mains qu'elles se trouvent. *Voy.* ci-après, t. III, § 400.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 177, note 16 et § 191, notes 3-5.

[10] Fr. 35, § 5, *verbis* Nam si. Fr. 62, § 2, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 1, § 1 in f. Fr. 4, § 1 initio D., *de periculo rei venditæ* 18, 6. — L. 2, C., *eodem.*

l'acheteur, si la chose vient à périr fortuitement avant l'agréation [11]. Les mêmes règles s'appliquent à la vente de choses fongibles vendues au poids, au compte ou à la mesure. Cette vente également ne constitue une obligation efficace à charge de l'acheteur qu'après l'accomplissement de la condition du pesage, du comptage ou du mesurage [12]. — Comme l'acheteur supporte les pertes que la chose vendue subit par cas fortuit, il profite également de l'augmentation de valeur qu'elle reçoit accidentellement : *Cuius periculum est, et commodum eius esse debet.* Il peut se servir, par suite, de l'*actio emti* à l'effet d'exiger du vendeur la délivrance de toutes les accessions et des fruits, tant naturels que civils, que la chose a produits depuis la conclusion du contrat [13].

La propriété de la chose vendue, en supposant qu'elle appartienne au vendeur, ne passe point à l'acheteur par le seul effet de la vente. Pour que la propriété soit transférée, il faut, conformément aux principes généraux sur la transmission de ce droit, que le vendeur ait fait tradition de la chose, et que l'acheteur ait payé le prix convenu, à moins (pour cette dernière condition) que le vendeur ne lui ait fait crédit ou n'ait accepté des garanties [14]. — Si la chose vendue n'appartient pas au vendeur, il est évident que la tradition n'en transfère point la propriété. Cependant, l'acheteur de bonne foi [15] acquerra d'abord tous les droit

[11] Fr. 1, pr. Fr. 4, pr. § 1, D., *de periculo rei venditæ* 18, 6. — L'acheteur ne sera pas obligé non plus, quand la chose, sans être périe, se trouverait simplement détériorée, puisqu'il dépend de lui d'agréer ou de refuser. Fr. 4, pr. § 1, D., *de periculo* 18, 6. Mais on va évidemment trop loin, quand, en invoquant cette raison, on soutient que même la mise en demeure n'aurait point pour effet de mettre la chose aux risques et périls de l'acheteur. Cette solution serait contraire aux principes et à l'esprit de nos lois. Fr. 1, § 3, 4. Fr. 2, pr. D., *de periculo* 18, 6; L. 2, C., *eodem* 4, 48. *Voy.* aussi Fr. 122, § 3. Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-dessus, § 180, note 14. Dans tous les cas, le vendeur est tenu de *custodia.* Fr. 1, § 1. Fr. 2, § 1, D., *de periculo* 18, 6.

[12] Fr. 35, § 5. 6. 7, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 1, § 1. Fr. 4, § 1. Fr. 5, D., *de periculo* 18, 6. — Il est à remarquer que, dans cette hypothèse également, l'acheteur ne supporte même pas ce qu'on appelle le *periculum deteriorationis.* L. 2, C., *de periculo* 4, 48. — Arg. Fr. 5, D., *eodem* 18, 6, et Fr. 35, § 7, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Omne periculum. » Cette dérogation aux principes généraux sur les obligations conditionnelles (ci-dessus, § 205, notes 23. 31), est problement due à l'analogie de la vente *ad gustum,* dans laquelle elle a sa raison d'être; mais il faut convenir qu'elle ne peut guère être justifiée dans notre hypothèse. *Voy.* la note précédente.

[13] Paul, II, 17, 7. — § 3, I., *de emtione et vendit.* 3, 23. — L. 7, pr. D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6. — L. 1, C., *eodem* 4, 48. — L. 13. 16, C., *emti* 4, 49. — Le Fr. 13, § 11, D., *emti* 19, 1, n'est point contraire; il refuse tout simplement à l'acheteur le droit d'intenter l'*actio locati* en payement du loyer contre celui qui occupe la chose en vertu d'un bail consenti par le vendeur, conformément au principe : *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest.*

[14] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 107, notes 2. 3, et Fr. 50, pr. D., *de rei vind.* 6, 12. — Fr. 11, § 2, D., *emti* 19, 1. — L. 15, C., *de rei vind.* 3, 32. — L. 8, C., *emti* 4, 49. Cf. L. 6, C., *de hereditate vendita* 4, 39. — *Voy.* aussi ci-après, § 249, n° 5.

[15] L'acheteur de mauvaise foi n'acquiert évidemment aucun droit, ce qui ne l'empêche cependant pas de pouvoir intenter, par le seul effet de la tradition, les interdits possessoires, tant *retinendæ* que *recuperandæ possessionis.* Cf. ci-dessus, t. I, § 107, note 7.

que le vendeur avait sur la chose [16], et, de plus, il jouira des avantages attachés à la possession de bonne foi, parmi lesquels nous signalons surtout l'acquisition des fruits et la possibilité d'obtenir par l'usucapion la propriété de la chose délivrée [17].

§ 211. *Obligations du vendeur. — En général.*

Le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue de manière que l'acheteur en ait la pleine jouissance et possession comme de chose à lui appartenant, *vacuam possessionem tradere* [1]. L'acheteur cependant ne peut exiger l'accomplissement de cette obligation, s'il n'a payé le prix d'achat ou s'il ne fait offre de le payer ; autrement il s'expose à être repoussé par l'exception *non adimpleti contractus* [2]. — Dans l'exécution de son obligation, le vendeur est tenu de toute faute, même de *culpa levis* [3]. Il est, par conséquent, responsable de la perte de la chose qu'il aurait occasionnée par sa négligence, ainsi que des détériorations qui peuvent lui être imputées, mais il ne répond point du cas fortuit. Le *periculum* est à la charge de l'acheteur, qui, lors même qu'il ne reçoit pas la chose, n'en

[16] Notamment, si le vendeur lui-même était possesseur de bonne foi, l'acheteur continuera l'usucapion de son auteur par l'*accessio possessionis;* dans le cas contraire, il commencera de son chef une *usucapio pro emtore. Voy.* t. I, § 107 et § 113.

[17] En attendant qu'il ait acquis la propriété par usucapion, il est protégé par l'action Publicienne et peut se prévaloir de l'*exceptio rei venditæ et traditæ.* Les autres avantages de la possession de bonne foi sont indiqués en détail ci-dessus, § 201, note 19 et t. I, § 107, Observation.

[1] Fr. 25, § 1, D., *h. t.* 18, 1. – Fr. 11, § 2. Fr. 30, § 1, D., *h. t.* 19, 1. – Fr. 1, pr. D., *de rerum permutatione* 19, 4. – Cf. ci-après, notes 14. 15, et § 212, Observation 1. — Rien ne s'oppose cependant à ce que le vendeur s'oblige à *dare rem,* c'est-à-dire, à transférer la propriété. Ci-après, § 212, note 56.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 210, note 5 et § 204, notes 5 et suivantes.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 173, n° 3, et les textes suivants : Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. Fr. 3. 14, § 1, D., *de periculo et comm.* 18, 6. – Fr. 13, § 16, D., *emti* 19, 1. – Fr. 38, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. — Nous rappelons ici que la *diligentia boni patris familias* comprend aussi la *custodia,* c'est-à-dire l'obligation de veiller à la conservation de la chose. *Voy.* ci-dessus, § 172, note 18, ainsi que les Fr. 35, § 4, D., *de contr. emt.* 18, 1.–Fr. 3, D., *de periculo et comm.* 18, 6. – Fr. 36, D., *emti* 19, 1. – Fr. 14, pr. D., *de furtis* 47, 2. Il est vrai que le § 3, I., *de emt. et vend.* 3. 23, ne semble imposer au vendeur la *custodia* que dans le cas où il s'y serait expressément obligé; car Justinien y dit : « Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus... » Mais dans ce passage, le mot *custodia* a une signification particulière que nous lui trouvons souvent quand il est appliqué aux *res sese moventes,* c'est-à-dire aux esclaves et aux animaux, savoir la garde que nous exerçons en *enfermant* la chose. (*Voy.* Dirksen, *Manuale latinitatis,* v° *Custodia,* § 3, et Gaius, I, 13; II, 67. « Bestia... custodia nostra coerceatur... » – Fr. 21, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 5, § 6, D., *commodati* 13, 6.) Dans notre passage, la *custodia* est donc une surveillance extraordinaire, dont naturellement le vendeur n'est tenu que lorsqu'il l'a promise expressément, ou, comme dit Théophile : ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή.

est pas moins tenu de payer le prix convenu [4]. Au reste, si c'est par force majeure que le vendeur se trouve placé dans l'impossibilité de livrer la chose en bon état, il est toujours tenu de céder les actions qui peuvent lui compéter, par suite de l'événement qui l'a mis dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation, par exemple, la revendication, l'action de vol si la chose a été volée avec violence, l'*actio legis Aquiliæ*, etc. [5].

La chose doit être livrée telle qu'elle a été promise ou que, d'après les circonstances, l'acheteur a le droit de s'attendre à la recevoir [6]. Si le contrat indique comme objet une quantité, mesure ou contenance déterminées, c'est le *quantum* promis qui doit être exactement livré [7]. Il s'ensuit que l'acheteur qui reçoit moins peut exiger le complément ou, faute de l'obtenir, une diminution du prix [8], et que, par contre, le vendeur qui a livré trop a le droit de répéter l'excédant ou bien d'exiger une augmentation du prix si la restitution ne peut s'exécuter [9]. Quand la vente a pour objet des choses individuellement déterminées (hypothèse qui comprend la vente en bloc de choses fongibles, *per aversionem*), avec indication de mesure ou de contenance, le vendeur est responsable du défaut de mesure ou de contenance, mais il n'a aucune réclamation à élever si le *quantum* indiqué se trouve dépassé [10]. — Conformément aux principes généraux, le vendeur doit livrer la chose avec tout ce qui en fait partie [11] et avec les accessions qui ont pu s'y joindre ou être produites depuis la vente : *Cuius*

[4] *Voy.* ci-dessus, §§ 177 et 210.

[5] § 3 in f. I., *de emtione et vend.* 3, 23. — Fr. 35, § 4, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 13, § 12, D., *emti* 19, 1. — Fr. 14, pr. Fr. 80, pr. D., *de furtis* 47, 2.

[6] Nous trouvons une modification équitable à cette règle dans le Fr. 13, § 14, D., *emti* 19, 1. « Si Titius fundum in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege emtionis dictum est, *in fundo centum esse iugera*, et ante quam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex emto actio competat adversus eum quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur : si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere. »

[7] Fr. 6, pr. D., *emti* 19, 1. « Tenetur ex emto venditor, etiam si *agnoverit* minorem fundi modum esse. » Dans ce passage, il faut bien lire *ignoraverit* au lieu de *agnoverit*. — Fr. 4, § 1. Fr. 42, D., *eodem*. — Fr. 69. § 6, D., *de evictionibus* 21, 2. — Il faut admettre, quoique nos sources ne le disent pas expressément, que l'acheteur peut refuser la chose et même éventuellement demander des dommages et intérêts, si le défaut de contenance est tellement important qu'il amènerait une inexécution du contrat. Arg. Fr. 22. 24, D., *de contrah. emt.* 18, 1, et ci-dessus, § 201, note 9.

[8] Fr. 18, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 40, § 2, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 32, D., *de actionibus emti et venditi* 19, 1.

[9] Fr. 2, pr. Fr. 4, § 1. Fr. 58, pr. D., *de actionibus emti et venditi* 19, 1. — Fr. 69, § 6, D., *de evictionibus* 21, 2.

[10] Fr. 17, pr. § 2. 3. 7. 11. Fr. 18, § 1. Fr. 38, § 2, D., *emti* 19, 1. — Fr. 4, § 1, D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2. — Fr. 44, D., *de evictionibus* 24, 2. — Fr. 29, D., *de instructo vel instrumento legato* 33, 7.

[11] Fr. 67, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Alienatio cum fit, *cum sua causa* dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset... » — Fr. 40, § 1. Fr. 47. 48. 49, D., *eodem*. — Fr. 13, § 31. Fr. 14-18. Fr. 32, § 2. Fr. 52, § 3, D., *emti* 19, 1.

periculum est, eius et commodum esse debet [12]. Il est également tenu de remettre à l'acheteur les titres et documents relatifs à la chose vendue et de le mettre à même d'exercer tous les droits qui y sont attachés [13].

Le vendeur, en livrant la chose, doit en procurer à l'acheteur la possession libre et exclusive, *vacuam possessionem tradere*. Le droit primitif n'en exigeait pas davantage [14]. Cependant, comme il peut se faire que l'acheteur, tout en ayant reçu la pleine possession, vienne à en être privé plus tard par quelqu'un qui a le droit d'avoir la chose, on prit l'habitude de faire promettre par le vendeur une peine pécuniaire pour le cas où la chose serait enlevée à l'acheteur. Ces stipulations de garantie devinrent si fréquentes, par la suite, qu'on finit par les considérer comme un accessoire obligé ou plutôt comme une charge intégrante du contrat, et par admettre que le vendeur, alors même que pareille stipulation n'eût point été faite expressément, n'avait pas satisfait à toutes ses obligations en livrant la chose, mais qu'il était, de plus, tenu de garantir à l'acheteur la continuation de la paisible possession et jouissance, *ut rem emtori habere liceat*. C'est ce qu'on appelle l'obligation de garantie du chef d'éviction. C'est d'une manière analogue qu'on fut amené à admettre que le vendeur est tenu de garantir non-seulement l'existence des qualités qu'il avait affirmé appartenir à la chose vendue, *dicta et promissa*, mais encore l'absence des défauts qui peuvent rendre la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée ou qui en diminuent sensiblement la valeur.

Dans le droit nouveau, les deux garanties dont nous venons de parler, et dont nous traiterons avec plus de détails dans les paragraphes suivants [15], savoir : la garantie du chef d'éviction et la garantie des qualités promises et des défauts, sont donc des conséquences naturelles du contrat de vente, et elles incombent au vendeur sans que l'acheteur ait besoin de les stipuler expressément. Elles ont lieu dans toutes les ventes et s'appliquent à toutes les espèces de choses, à moins que la nature particulière de l'objet vendu ne s'y oppose. Ainsi l'on conçoit qu'il ne puisse

[12] *Voy.* ci-dessus, § 210, note 13.

[13] Fr. 48, D., *emti* 19, 1. — Fr. 52, D., *eodem.* — Fr. 66, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Si cum servitus venditis prædiis deberetur, nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit, et ob id per ignorantiam rei emtor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex emto ob dolum. »

[14] Ce n'est pas à dire que l'objet du contrat ait été le simple transfert de la possession. Non, le contrat de vente impliquait une aliénation de la part du vendeur afin de faire avoir la chose à l'acheteur. Fr. 80, § 3, D., *h. t.* 18, 1. « Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat : sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. » Mais, dans ce contrat du droit des gens, la tradition paraissait dans l'origine constituer un moyen suffisant de réaliser l'intention des parties, sauf à l'acheteur d'exiger, le cas échéant, des garanties ou même l'engagement de *dare*, c'est-à-dire de transférer le domaine quiritaire. *Voy.* la note suivante, et ci-après, § 212, surtout l'Observation ajoutée à ce paragraphe.

[15] *Voy.* ci-après, §§ 212. 213.

être question d'aucune garantie dans les *emtiones spei et rei speratæ* [16]. Dans les ventes qui ont pour objet un ensemble de choses, la garantie ne s'applique pas davantage aux choses particulières qui y sont comprises, quand l'ensemble est de sa nature indéterminé, par exemple, une hérédité, un pécule, l'inventaire d'une ferme; tandis qu'il en est autrement lorsque l'objet de la vente est une réunion d'objets individuellement déterminés, compris sous une dénomination collective, comme un troupeau, une bibliothèque [17]. Il va de soi que cette règle peut être modifiée par des conventions particulières avenues entre parties ou par le dol de l'une d'elles [18].

L'obligation du vendeur, consistant à faire, est indivisible [19]. Il s'ensuit que l'*actio emti,* appartenant à plusieurs acheteurs, peut être intentée par chacun d'eux *in solidum,* bien entendu moyennant l'offre de la totalité du prix [20]. De même quand il y a plusieurs vendeurs, l'action peut être intentée contre chacun *in solidum,* sauf répartition de la condamnation aux dommages et intérêts [21]. Ces règles subissent cependant des modifications, en ce qui concerne les actions en garantie des défauts et du chef d'éviction [22].

§ 212. *De la garantie en cas d'éviction* †.

Depuis les temps les plus reculés, quand la vente se faisait à charge

[16] Fr. 11. 12, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 11 in f. D., *emti* 19, 1. — Fr. 2, § 1, D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5.

[17] Fr. 2, pr. Fr. 14, § 1. Fr. 15, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 33, pr. D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. « ... Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum. Nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia quæ in peculio fuerint sana esse præstare venditor non debet; quia non dixit *certum* accessurum, sed peculium *tale* : et quemadmodum certam quantitatem peculii præstare non debet, ita nec hoc. Eamdem rationem facere Pomponius ait, ut etiamsi hereditas aut peculium servi venierit, locus edicto Ædilium non sit circa ea corpora quæ sunt in hereditate aut in peculio. Idem probat et si fundus cum instrumento venierit, et in instrumento mancipia sint. Puto hanc sententiam veram, *nisi si aliud specialiter actum esse proponatur.* » — Fr. 5, D., *de evictionibus* 21, 2. « Servi venditor *peculium accessurum* dixit : si vicarius evictus sit, nihil præstaturum venditorem Labeo ait. Quia sive non fuit in peculio, non accesserit : sive fuerit, iniuriam a iudice emtor passus est. Aliter atque si nominatim *servum accedere* dixisset : tunc enim præstare deberet in peculio eum esse. » — Fr. 23, § 1, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. — Fr. 208, D., *de verb. signif.* 50, 16. — L. 1, C., *de evictionibus* 8, 45.

[18] Fr. 12, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 33, pr. in f. D., *de Ædil. edicto;* Fr. 5, D., *de evictionibus;* L. 1, C., *eodem,* cités à la note précédente.

[19] Fr. 31, § 8, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — Fr. 72, pr. Fr. 75, § 7, D., *de verb. obl.* 45, 1, combinés avec Fr. 2, § 5, D., *eodem.* — Cf. ci-dessus, § 210, note 7; § 192, note 14.

[20] Fr. 78, § 2, D., *de contr. emtione* 18, 1. — Fr. 31, § 8, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — Arg. Fr. 1, § 36, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 81, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. ci-dessus, § 210, note 7; § 192, notes 37, 38.

[21] Fr. 65 in f. D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 85, § 5. Fr. 139, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Cf. ci-dessus, § 192, notes 41. 53.

[22] *Voy.* ci-après, § 212, notes 23. 30, et § 213, notes 40-42.

† Paul, II, 17, 2. 3. — Tit. D., *de evictionibus et duplæ stipulatione* 21, 2. — Tit. C., *de evictionibus* 8, 45.

par le vendeur de transférer la chose au moyen de la mancipation, celui-ci était obligé de garantir à l'acheteur le *dominium ex iure Quiritium*. Si, dans pareille hypothèse, une personne tierce prétendait avoir droit à la chose mancipée, l'acheteur appelait le vendeur, à l'effet de remplir son devoir de *præstare auctoritatem*. Au cas que le vendeur manquât à ce devoir ou que, malgré son appui, la chose fût judiciairement enlevée à l'acheteur, celui-ci pouvait agir en vertu de l'engagement pris lors de la mancipation — *lege mancipii, iure auctoritatis* — et obtenir la double valeur de la chose [1]. Il n'en était pas de même de la vente simple sans engagement de mancipation : elle n'entraînait, pour le vendeur, d'autre obligation que celle de transférer à l'acheteur la possession libre et entière de la chose, *vacuam possessionem tradere* [2].

Tel fut le droit originaire. Cependant, on ne tarda pas à chercher des moyens afin de donner à la simple vente des sûretés analogues à celle que présentait le transfert par mancipation. A cet effet, l'acheteur se faisait promettre une peine pécuniaire en vue du cas où il serait, pour telle cause déterminée ou pour une cause quelconque, empêché d'avoir la chose [3]. Les

[1] Nous nous sommes borné ici à donner un aperçu rapide de l'*auctoritas* due en suite de la *mancipatio*, matière dans laquelle il y a plus d'une question douteuse. Ainsi, l'*auctoritas* était-elle due de plein droit en suite de la mancipation, ou en vertu de la *nuncupatio* ou *lex mancipii* qui accompagnait le transfert? La peine du double ne frappait-elle le vendeur que lorsqu'il niait faussement son engagement ou bien était-elle encourue par le seul défaut de prestation efficace de l'*auctoritas?* Nous estimons que, dans ces deux questions il faut se prononcer pour les alternatives énoncées en second lieu, tout en admettant que la *nuncupatio* était obligatoire. L'espace nous faisant défaut pour motiver notre opinion sur ces questions (qui, au reste, sont sans grande influence sur la marche générale de l'institution), le lecteur pourra y suppléer, en lisant les passages suivants : Festus, v. *Nuncupata*... Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. » — Cic., *de officiis*, III, 16. « Nam cum ex XII satis esset ea præstari qui essent lingua nuncupata : quæ qui infitiatus esset, dupli pœnam subiret. » — Le même, *pro Murena*, 2. — Paul, II, 17, 3. « Res emta, mancipatione et tradione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. — Le même, V, 10, *de contrahenda auctoritate*. — Cf. Plaute, *Persa*, IV, 3, 55. — Cic., *de oratore* I, 39; *topica*, 4; *de harusp. responsis*, 7. — C'est probablement à cette *auctoritas* due en suite de la mancipation que se rattache une institution que Justinien mentionne sous le nom de *annalis exceptio Italici contractus* et qu'il abolit en 530 par la L. 1, C., *de annali exceptione Italici contractus tollenda* 7, 40. Malgré la grande étendue de cette loi et les renseignements que l'empereur nous donne encore, un an plus tard, dans la L. un. C., *de usucapione transformanda* 7, 31, nous ne savons rien de précis sur la nature de cette exception. *Voy.* encore ci-après, note 27.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 211, note 1. — Pourquoi, dans les ventes simples, les Romains bornaient-ils l'obligation du vendeur à *tradere*, au lieu de lui imposer celle de *dare? Voy.* l'Observation 1, ajoutée au présent paragraphe.

[3] Dans le principe, ces stipulations étaient probablement de simples *cautiones doli*, par lesquelles le vendeur, en faisant tradition d'une *res mancipi*, s'engageait à ne pas revendiquer la chose en vertu de son *ius Quiritium* : per se non fieri quominus habere liceat. Par la suite, l'engagement fut étendu aux faits de trouble qui pourraient venir de la part des héritiers du vendeur : Per se heredesque suos (venientesque a se personas) non fieri quo minus habere liceat? (Fr. 38, pr. § 6. Fr. 83, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 11, § 18, D., *emti* 19, 1.) Enfin, on y comprit tous les faits de trouble et d'éviction quelconques, en ajoutant : neque per alium, ou bien

parties étaient libres de fixer, comme bon leur semblait, le montant de cette peine, mais habituellement on prenait le double du prix de vente; de là, *stipulatio duplæ* scil. *quantitatis vel æstimationis* [4]. Si la condition prévue s'accomplissait, c'est-à-dire si l'acheteur venait à être évincé de la chose, il poursuivait le payement de la peine promise au moyen de l'action résultant de la stipulation, qui était naturellement une *condictio certi*, puisqu'il s'agissait d'une somme d'argent déterminée [5]. L'usage de la *stipulatio duplæ* était si général, au moins pour les choses de valeur [6], qu'on s'habitua à la considérer comme une obligation découlant naturellement du contrat, et à autoriser l'acheteur à intenter l'*actio emti*, à l'effet d'obtenir que la stipulation se fît [7]. Bien plus, on finit par admettre que, même sans qu'aucune stipulation fût intervenue, l'acheteur peut se servir de l'action du contrat pour se faire indemniser du préjudice qui lui serait occasionné par une éviction. A partir de cette époque l'obligation de garantie du chef d'éviction, *ut rem emtori habere liceat*, est une consé-

en disant d'une manière générale : HABERE LICERE SPONDES? Quand la promesse portait sur le fait propre du vendeur, elle était pleinement valable et efficace; mais la promesse du fait d'autrui n'avait par elle-même aucun caractère obligatoire : pour lui donner une efficacité indirecte, on ajoutait une *stipulatio pœnæ*. Fr. 38, pr. § 1. 9. 13. 14, D., *de verborum obligat*. 45, 1. Cf. ci-dessus, § 206, note 2. — *Voy.* VARRON, *de re rustica* II, 10, 5. « In horum (servorum) emtione solet accedere peculium aut excipi, et *stipulatio* intercedere *sanum esse furtis noxisque solutum*, aut, si mancipio non detur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. » LE MÊME, *ibidem* II, 2, 6, nous a conservé la formule d'une stipulation concernant la garantie des défauts et de l'éviction : *Oves sanas recte esse..... habereque recte licere*. Cf. ci-après, § 213, note 5. Parmi les tablettes découvertes en Transylvanie (ci-dessus, t. I, p. 12) il en est plusieurs qui contiennent des actes de vente. Trois de ces actes se trouvent dans BRUNS, *fontes iuris*, p. 137, et GIRAUD, *Enchiridion*, p. 652. Nous en tirons la formule suivante qui est de l'an 139 de l'ère chrétienne : « M. B. puellam, nomine Passima,. . emit mancipioque accepit de D. V. . . . . X ducentis quinque. Eam puellam sanam esse, furtis noxisque solutam, fugitivam erronem non esse præstari : quot si quis eam puellam partemve quam ex ea quis evicerit, quominus M^m B^m eumve ad quem ea res pertinebit habere possidereque recte liceat, tum quanti pretii ea puella emta est, tantam pecuniam et alterum tantum dari, fide rogavit M. B. fide promisit D. V. . . . »

[4] VARRON, *de re rustica* II, 10, 5, à la note précédente. — *Vaticana fragmenta* 8. — Fr. 2. 52, D., *h. t.* — Fr. 56, D., *eodem*. « Si dictum fuerit vendendo ut *simpla* promittatur, vel *triplum* aut *quadruplum*.... » — Fr. 74, pr. D., *eodem*. — L'usage de stipuler le *double* doit probablement son origine aux dispositions en vigueur dans les mancipations. Cf. ci-dessus, note 1.

[5] *Voy.* ci-après, § 258.

[6] Il paraît que c'est par ce motif qu'on appelait *res simplariæ* les choses de peu de valeur à l'égard desquelles la *stipulatio duplæ* n'était pas employée habituellement. Fr. 48, § 8, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. *Voy.* aussi la note suivante.

[7] Fr. 31, § 20, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. « Quia assidua est duplæ stipulatio, idcirco placuit etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat. Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire. » — Fr. 37, pr. § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. « Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit : non tamen, ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur; sed ut repromittatur. 1. Quod autem diximus *duplam promitti oportere*, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus quæ pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veniat. Per edictum autem Curulium etiam de servo cavere venditor iubetur. » — Fr. 2, D., *eodem*.

quence naturelle du contrat, qui a lieu de plein droit sans que les parties aient besoin de faire aucune convention particulière à cet égard [8].

Pour que l'acheteur puisse se servir de l'*actio emti* à l'effet d'obtenir la réparation du dommage causé, la loi exige la réunion des conditions suivantes : 1° Il faut qu'il ait été évincé de la chose vendue et livrée. Il y a éviction, d'après les idées romaines, toutes les fois que l'acheteur est empêché d'avoir la chose achetée comme maître, par suite d'une décision judiciaire qui autorise un tiers à prendre la chose [9]. Le cas d'éviction le plus important est celui où le tiers revendique avec succès la propriété de la chose entière ou d'une partie quelconque de la chose [10]. Il y a également éviction quand l'acheteur est tenu de reconnaître et de tolérer un *ius in re* qui l'empêche d'avoir la possession paisible de la chose, tel qu'une servitude personnelle, un droit d'emphytéose, de superficie ou d'hypothèque [11]. La dépossession en suite d'un jugement rendu en matière de possession, autorise aussi l'acheteur à exercer son recours en garantie contre le vendeur [12]. — 2° L'éviction doit avoir sa cause dans un vice inhérent au droit du vendeur [13]; mais il n'est point nécessaire

[8] Fr. 13, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. – Fr. 66, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 3, pr. Fr. 11, § 2. 13, D., *emti* 19, 1. – Fr. 66, D., *h. t.* – L. 6, C., *eodem* 8, 45.

[9] Fr. 34, § 2, D., *h. t.* « Duplæ stipulatio evictionem non unam continet si quis dominium rei petierit et evicerit, sed et si Serviana actione experiatur. »–Fr. 21, D., *eodem.* « ... Quotiens res ita amittitur, ut eam habere non liceat propter ipsam evictionem. » – Fr. 66, pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « In vendendo fundo quædam, etiam si non condicantur, præstanda sunt : *ne fundus evincatur, aut ususfructus eius...* » *Voy.* aussi Fr. 16, § 1. Fr. 34, § 1. Fr. 39, pr. Fr. 57, pr. Fr. 63, § 1, D., *h. t.* — Cf. ci-après, note 17.

[10] Fr. 1, D., *h. t.* « Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. »– Fr. 13. 34, § 2. Fr. 39, § 2. Fr. 45. 53, pr. Fr. 63, § 1. D., *eodem.* – Fr. 23, § 1, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Les Fr. 36. 42. 43, D., *de evictionibus* 21, 2, refusent, à la vérité, l'action pour cause d'éviction de planches d'un navire, du veau né d'une vache achetée; mais dans ces passages, il s'agit, non pas de la garantie, qui est une conséquence naturelle du contrat de vente et qui peut être poursuivie par l'*actio emti,* mais du recours que l'acheteur peut exercer par l'*actio ex stipulatu,* en vertu de la *stipulatio duplæ,* action qui est soumise à des règles plus étroites que l'*actio emti* dont nous traitons ici. Cf. ci-après, note 41.

[11] Servitudes personnelles. Fr. 66, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 15, § 1. Fr. 46, pr. Fr. 49 et 62, § 2, D., *h. t.* – Fr. 38, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Hypothèque. Fr. 34, § 2. Fr. 35 et 63. § 1, D., *h. t.* – L. 3, C., *eodem.* — Nos lois ne parlent ni de l'emphytéose ni du droit de superficie; mais ce qu'elles disent de l'usufruit s'applique *a fortiori* à ces deux espèces de *iura in re.* — L'existence d'une servitude prédiale à charge du fonds vendu ne donne pas lieu à la garantie du chef d'éviction, parce que pareille servitude n'empêche point l'acheteur d'*avoir* la chose, *habere rem;* mais elle peut constituer un vice inhérent à la chose et autoriser l'application de l'édit des Ediles. *Voy.* ci-après, § 213, Observation 1.

[12] Fr. 11, § 13, D., *emti* 19, 1. Cf. Fr. 35, D., *eodem.*

[13] En employant l'expression vice inhérent au droit, nous donnons au mot *droit* un sens large, en y comprenant la *possession,* puisque le recours en garantie est ouvert à l'acheteur qui a tout simplement succombé dans une action possessoire. *Voy.* la note précédente. — Faisons encore observer que, dans le cas même où le droit du vendeur est entaché d'un vice, l'obligation de garantie cesse cependant, si c'est par suite de sa propre faute que l'acheteur a été évincé, par exemple, en négligeant d'usucaper la chose dont il était *bonæ fidei possessor,* en soumettant le

qu'il y ait dol ou faute de sa part [14]. — 3° La cause de l'éviction doit être antérieure à la vente, à moins qu'il n'y ait dol ou faute de la part du vendeur [15]. — 4° Il faut que l'acheteur ait été dépossédé ou empêché d'avoir la possession par suite d'une décision judiciaire [16], soit qu'il ait été condamné dans un procès intenté contre lui, soit qu'il ait succombé dans une poursuite intentée par lui contre un tiers possesseur [17]. Tant que la dépossession n'a pas eu lieu, le vendeur n'a aucun recours contre l'acheteur, sauf le cas de dol [18]. Cependant, si le prix n'a pas encore été soldé, l'acheteur peut, dès qu'une action tendant à éviction est dirigée contre lui, refuser le payement, à moins que le vendeur ne lui offre caution suffisante [19]. Dans certains cas, au reste, la garantie est due, même sans dépossession matérielle, savoir quaud l'acheteur, pour éviter l'éviction, a désintéressé le tiers [20]. Il peut même se faire que le vendeur soit tenu de l'indemnité sans qu'une décision judiciaire ait consacré l'éviction, lors, par exemple, que l'acheteur lui-même se trouve avoir acquis la propriété de la chose vendue ou un droit sur elle à un titre indépendant de la vente dont s'agit. Dans pareil cas, en effet, il ne peut y avoir jugement d'éviction contre l'acheteur, par la raison que nous ne pouvons agir contre nous-même; mais cette circonstance fortuite ne dispense point le vendeur d'indemniser l'acheteur de la perte que la vente

procès en éviction à la décision d'un arbitre, etc. Fr. 56, § 1. 3. Fr. 63, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2. *Voy.* aussi Fr. 29, § 1, D., *eodem.*

[14] *Voy.* ci-dessus, note 8, et ci-après, note 49.

[15] Fr. 11, pr. Fr. 27. 28, D., *h. t.* — L. 1, C., *de periculo* 4, 48.

[16] L. 17, C., *de evictionibus* 8, 45. — Le vendeur n'est pas tenu si l'éviction a lieu en vertu d'un jugement arbitral (Fr. 56, § 1, D., *h. t.*); par suite d'un jugement injuste (*Vaticana fragm.* 8. 10.– Fr. 51, pr. D., *h. t.* — L. 8, C., *eodem*); par violence ou par cas fortuit (L. 17, C., *emti* 4, 49).

[17] Fr. 16, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. « Duplæ stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis æstimatione, *vel possessor ab emtore conventus absolutus est.* »

[18] Fr. 16, pr. § 1. Fr. 17 in f. Fr. 21, § 2. Fr. 35. Fr. 74, § 2, D., *h. t.* — Fr. 57, pr. D., *eodem.* « .... Ante ablatam vel abductam rem.... nulla competit emtori.... actio, quia rem habere ei licet. » — Fr. 1, pr. D., *de rerum permutatione* 19, 4. — L. 3, C., *h. t.* 8, 45. Cf. Fr. 10. § 1, D., *de rescindenda venditione* 18, 5. — Fr. 4, pr. D., *emti* 19, 1. — Fr. 30, § 1, D., *eodem.* « Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam, priusquam evincatur, (Africanus) utiliter me ex emto acturum putavit in id quanti mea intersit meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri ut *rem emtori habere liceat,* non etiam ut *eius faciat,* quia *tamen dolum malum abesse præstare debeat,* etc.

[19] Le tempérament des cautions est encore formellement refusé dans un passage de Papinien, *Vaticana fragm.* 12, tandis que le même passage, reproduit par Justinien, Fr. 18, § 1, D., *de periculo* 18, 6, l'accorde, conformément à une constitution de Dioclétien et Maximien. L. 24, C., *h. t.* — *Voy.* aussi L. 5, C., *eodem,* et Fr. 68, pr. D., *eodem.*

[20] Fr. 16, § 1, D., *h. t.* «... Vel damnatus est litis æstimatione... » — Fr. 21, § 2. Fr. 29, pr. D., *eodem.* — L'exemple le plus frappant, bien que nos lois n'en fassent point mention, est celui de l'acheteur qui, poursuivi par l'action hypothécaire, acquitte la créance, afin d'éviter la restitution de la chose. Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 2, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

lui fait éprouver [21]. — 5° L'acheteur qui veut être indemnisé ne doit point, par une faute quelconque, avoir contribué au résultat de l'éviction [22], et notamment, il doit s'être conformé aux règles que la loi a établies pour le recours en garantie. Aussitôt que le tiers intente son action, ou oppose son exception, l'acheteur est tenu d'en informer en temps utile le vendeur et de requérir son assistance dans le procès qu'il aura à soutenir [23]. Cela s'appelle *litem denuntiare*, *auctorem laudare* [24]. Sur cette dénonciation, le vendeur doit *auctoritatem præstare* [25], en assistant l'acheteur dans son procès ou bien en intervenant comme partie dans l'instance [26]. Dans tous les cas, l'acheteur est tenu de faire usage des moyens de droit qui lui compètent personnellement, par exemple de l'usucapion qu'il aurait accomplie [27]. Il est dispensé de dénoncer le

[21] Fr. 13, § 15, D., *emti* 19, 1. « Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilominus ex emto mihi adversus te actio competit. » — Fr. 29, D., *eodem.* — Fr. 9 in f. Fr. 41, § 1, D., *h. t.*, ci-après, note 43.

[22] *Vaticana fragm.* 8. — Fr. 27. 28. 55. Fr. 56, § 3. Fr. 66, D., *h. t.* *Voy.* aussi ci-dessus, note 13 *in fine*, et ci-après, note 27.

[23] *Voy.* les textes cités à la note suivante et Fr. 74, § 2, D., *h. t.* « Mota quæstione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri poterit. » — Fr. 29, § 3 in f. D., *de legatis III* (32). — L. 21, C., *h. t.* 8, 45. — S'il y a plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers d'un seul vendeur, la dénonciation doit être faite à tous. Fr. 85, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. « In solidum vero agi oportet, et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus. Nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenentur : sed unicuique pro parte hereditaria præstatio iniungitur. » — Fr. 139, D., *eodem.* — Fr. 62, § 1, D., *h. t.* 21, 2. « ... Una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent. Si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem et prædictam absentiam omnibus vincit, aut vincitur ; recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sunt. » — Cf. Fr. 4, D., *si ex noxali causa* 2, 9. — L'acheteur n'est point tenu de dénoncer à la caution du vendeur, par la raison qu'elle ne peut point *auctoritatem præstare*. L. 7, C., *h. t.* 8, 45.

[24] Denuntiare ; litem denuntiare ; de evictione ou pro evictione denuntiare. Fr. 29, § 2. Fr. 39, § 1 in f. Fr. 49. Fr. 51, § 1. Fr. 53, § 1. Fr. 55, § 1. Fr. 59. Fr. 62, § 1, D., *h. t.* — L. 1, C., *ubi in rem actio* 3, 19. — L. 8. 9. 20. 23, C., *h. t.* — Auctorem laudare ou certum facere. Fr. 6, § 5, D., *emti* 19, 1. — Fr. 63, § 1, D., *h. t.* — L. 7. 14. 17, C., *eodem.*

[25] Auctoritas est garantie. *Voy.* ci-dessus, note 1 et les textes qui y sont cités, auxquels on peut ajouter : Paul, II, 17, 1. — *Vaticana fragm.* 10. « Stipulatio auctoritatis. » — Fr. 43, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 76, D., *h. t.* « Si alienam rem mihi tradideris et eamdem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est, actionem pro evictione placet. » Cf. Fr. 28. 51, pr. Fr. 53, § 1, D., *h. t.* — L. 3. 7. 8. 9. 10. 11, C., *eodem.* — Fr. 4, pr. D., *eodem.* « ... Fideiussor ob evictionem..., quem vulgo *auctorem secundum* vocant, » combiné avec L. 7, C., *h. t.* — *Voy.* aussi, ci-dessus, t. I, § 110, note 5.

[26] *A*) En assistant. L. 21. 23, C., *h. t.* *B*) En intervenant. * Fr. 42, § 2, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 49, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — * Fr. 21, § 2, D., *h. t.* — Fr. 63, § 1, D., *eodem.* — L. 1, C., *ubi in rem actio* 3, 19. — Le vendeur peut se borner à une simple intervention ou bien prendre le procès sur lui, en se faisant constituer *procurator in rem suam*. *Voy.* les passages marqués d'un astérisque, et ci-dessus, § 187, note 3 ; t. I, § 66, notes 19-21, où il faut, dans la note 21, retrancher le Fr. 53, § 1, D., *de evictionibus*.

[27] Fr. 27. 28. 54, pr. Fr. 55, pr. Fr. 56, § 3. Fr. 63, § 2, D., *h. t.* — L. 8. 19, C., *eodem.* — Cf. Fr. 47, D., *mandati* 17, 1 ; Fr. 60. 61, D., *de solutionibus* 46, 3 ; — L. 9, C., *de præscript. longi temporis* 7, 33. et ci-dessus, note 1 *in fine*. — L'acheteur s'expose également à être privé

procès, s'il en a été ainsi convenu ou s'il ne peut trouver le vendeur [28].

Si l'éviction a lieu malgré l'intervention du vendeur, ou sur son refus d'intervenir, l'acheteur peut se servir de l'*actio emti*, à l'effet d'obtenir la réparation du dommage qui lui a été causé par l'éviction, conformément aux principes généraux en matière de dommages et intérêts : *id quod emtoris interest rem evictam non esse* [29]. Cette action est naturellement divisible [30].

Le vendeur devra donc d'abord la valeur de la chose ou du droit évincés [31] ; mais il peut, de plus, être tenu d'indemniser l'acheteur des fruits qu'il a dû restituer et des impenses dont il n'a pu obtenir le remboursement [32]. Dans l'évaluation de la chose ou du droit évincés, on

de tout recours s'il néglige les avantages qu'il pourrait tirer de la situation, en usant d'un interdit possessoire, de l'action Publicienne, voire même de l'*actio vectigalis*. Fr. 29, § 1. Fr. 66, D., *h. t.* Le Fr. 66, D., *cité*, pourrait être invoqué à l'appui de l'opinion qui accorde à l'emphytéote la possession du fonds emphytéotique. Cf. t. I, § 148, note 9.

[28] Fr. 53, § 1. Fr. 55, § 1. Fr. 56, § 6. Fr. 63, pr. D., *h. t.* — L. 8, C., *eodem.* — L'acheteur peut-il se dispenser de la dénonciation quand le droit du tiers paraît clair et évident? Le Fr. 11, § 12, D., *de actionibus emti et venditi* 19, 1, que l'on cite pour l'affirmative, parle de la garantie du chef de noxe et non pas de l'éviction. Cependant il n'est pas à méconnaître que le motif de la décision s'applique parfaitement à notre matière. En admettant que l'acheteur agisse ainsi, est-il tenu de prouver l'évidence du droit de l'adversaire? On serait tenté de dire oui, par la raison qu'il ne peut faire valoir son excuse qu'au moyen d'une réplique opposée à l'exception du vendeur, fondée sur sa faute (Fr. 53, § 1, D., *citée*). Mais il ne faut pas perdre de vue que le vendeur, pour imposer à l'acheteur la responsabilité de sa faute, doit prouver que cette faute est la cause efficiente du dommage dont il s'agit (ci-dessus, § 175, note 11). Il en résulte que la preuve incombera habituellement au vendeur. C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'article 1640 du Code Napoléon.

[29] Comme, en thèse générale, le débiteur n'est tenu des dommages et intérêts, que s'il a causé l'inexécution par son dol ou par sa faute, il eût été plus équitable de ne le condamner du chef d'éviction (sans dol) que jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu (comme cela a lieu dans l'action rédhibitoire, ci-après, § 213, note 30) ; mais la solution rigoureuse a prévalu. *Vaticana fragm.* 17. « Evictis agris, quanti emtoris interest, iudicio emti lis æstimatur... » — Fr. 11, § 13. Fr. 43 in f. Fr. 45, D., *emti* 19, 1. — Fr. 44, § 2 in f. D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — Fr. 8. 16. 51, § 3. Fr. 60. Fr. 66, § 3, D., *h. t.* — Fr. 70, D., *eodem.* « Evicta re ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit. Ergo, et *si minor esse cœpit*, damnum emtoris erit. » — L. 9. 17, C., *eodem.* — L. 23, C., *eodem.* « ... Quanti tua interest rem evictam non esse teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. »

[30] Fr. 85, § 5. Fr. 139, D., *de verb. obl.* 45, 1, ci-dessus, note 23. — Cf. Fr. 31, § 1. Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 10, § 3, D., *de appellationibus* 49, 1. — Tit. C., *si plures una sententia condemnati sunt* 7, 55. — *Voy.* ci-dessus, § 192, note 53.

[31] Pour l'éviction de la chose même, *voy.* les textes cités à la note précédente et ci-après, notes 33 à 36. — Pour l'éviction d'un droit d'usufruit, Fr. 15, § 1, D., *h. t.* « Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum æstimatio facienda est. Sed et si servus (*lisez* servitus) evincatur, quanti minoris ob id prædium est, lis æstimanda est. » Cf. ci-après, § 213, note 51. — Pour l'hypothèque, L. 5, C., *h. t.* « Ex prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata et nedum tibi tradita sunt : ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur... » *Voy.* aussi ci-dessus, note 20.

[32] Fr. 43, *verbis* De sumtibus D., *emti* 19, 1. — Fr. 45, § 1, D., *eodem.* « ... Si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego ædificavero, atque ita eam dominus evincit : nam quia possum petentem, nisi impensam ædificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea

prend pour base, non pas le montant du prix de vente, mais la valeur au moment de l'éviction; car c'est de cette valeur que le vendeur évincé se trouve privé [33]. Cependant, quelle que soit l'augmentation de valeur que la chose a pu éprouver, la condamnation ne doit point, d'après une disposition formelle de nos sources, excéder le double du prix de vente [34]. Si l'éviction frappe une partie indivise de la chose, le chiffre des dommages et intérêts sera égal à la quote-part correspondante de la valeur de la chose entière; si elle a pour objet une partie matérielle formant un corps déterminé, c'est la valeur de cette partie matérielle, prise séparément, qui sera due [35]. Enfin, si plusieurs choses ont été vendues à la fois, mais chacune pour un prix séparé, il y a autant de ventes que de choses et de prix, et chaque vente doit être jugée séparément d'après les règles exposées [36].

L'*actio emti* avec les effets que nous venons d'exposer appartient à l'acheteur par cela seul qu'il y a éviction [37]. Si les parties ont ajouté la *stipulatio duplæ*, l'acheteur peut également, s'il le préfère, se servir de l'*actio ex stipulatu*, à l'effet d'obtenir le payement de la peine promise [38]. Il peut paraître étonnant que ces deux actions aient existé l'une à côté de l'autre jusque dans la législation de Justinien, alors surtout que l'*actio ex*

res ad venditoris periculum non pertineat... Quod si emtor non possideat ædificium,.. ex emto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. » — Fr. 74, § 1 in f. D., *h. t.* — L. 9. 16, C., *eodem.*

[33] Fr. 43. 45, D., *emti* 19, 1. « ..... De sumtibus vero quos in erudiendum hominem emtor fecit, videndum est. Nam emti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo : non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris servum non evinci... XLV. Idque Iulianum agitasse Africanus refert, quod iustum est; sicut minuitur præstatio, si servus deterior apud emtorem effectus sit, cum evincitur. — Fr. 1. 13. 14. 15, pr. Fr. 45, D., *h. t.* Cf. ci-après, note 45. — Fr. 16, D., *emti* 19, 1. « Evicta re vendita, ex emto erit agendum de eo quod accessit... » — Fr. 8. 44, D., *h. t.* — Fr. 82, § 4, D., *de legatis I* (30). — Fr. 23, § 1, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Fr. 70, D., *h. t.* « Evicta re, ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. Ergo et *si minor esse cœperit*, damnum emtoris erit. »

[34] Fr. 44, D., *emti* 19, 1. « ... Non ultra duplum periculum subire eum oportet. » Cf. Fr. 48 in f. D., *eodem.* C'est sans doute la *stipulatio duplæ* qui a donné lieu à cette restriction que Justinien a en quelque sorte généralisée par la L. 1, C., *de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* 7, 47. *Voy.* ci-dessus, § 176, note 5.

[35] Fr. 1, D., *h. t.* « Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictæ partis : quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si, quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est; aut quod fuit in agro vilissimum? Æstimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. » — Fr. 13. 14. 15, D., *eodem*, ci-après, note 45. — Fr. 45, D., *eodem.* — Quand la vente a été faite à tant la mesure, l'indemnité est proportionnée à la quotité évincée. Fr. 53, pr. D., *h. t.* « Si, fundo tradito, pars evincatur : si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerint, præstandum; etiamsi ea, quæ meliora fuerunt, evicta sint. »

[36] Fr. 47. 53, pr. Fr. 72, D., *hoc titulo.*

[37] *Voy.* ci-dessus, note 8.

[38] L. 25, C., *h. t.* et *passim.*

stipulatu faisait obtenir le double du prix d'achat et que le vendeur était tenu, par le seul effet du contrat, de fournir la *stipulatio duplæ,* si l'acheteur l'exigeait [39]. Dès lors, en effet, il semble que l'*actio emti* ait dû être absorbée par l'*actio ex stipulatu,* résultat qui, à la vérité, n'aurait guère été en harmonie avec le développement régulier des institutions romaines, d'après lequel les actions de droit strict disparaissent habituellement devant les actions libres. Cette coexistence des deux moyens s'explique, au reste, quand on tient compte [40] des particularités qui les distinguent et qui peuvent, dans des cas divers, faire préférer tantôt l'un, tantôt l'autre, suivant les circonstances de l'espèce. Ainsi quand on envisage les conditions requises pour l'exercice des deux moyens, l'*actio emti* est, sous beaucoup de rapports, plus favorable que l'*actio ex stipulatu.* Cette dernière, en effet, n'a lieu que lorsque les termes de la stipulation sont rigoureusement accomplis et partant ne se donne point quand l'éviction n'a frappé qu'une partie de la chose, à moins que cette hypothèse n'ait été spécialement prévue dans la stipulation [41]; elle exige, en outre, que l'acheteur ait été matériellement dépossédé ou tout au moins qu'il n'ait prévenu la dépossession qu'en désintéressant le tiers évinçant [42], tandis que l'acheteur peut se servir de l'*actio emti* même dans des cas où, sans avoir été menacé d'éviction, il se trouve être devenu propriétaire de la chose à un autre titre qu'en vertu de la vente [43]. Quant aux effets, l'*actio emti* faisait obtenir la valeur que la chose avait au moment de l'éviction, y compris les accessoires et éventuellement les fruits et les impenses [44], tandis que dans l'*actio ex stipulatu*, on prenait rigoureusement et exclusivement pour base, d'une part, le prix de vente et, d'autre part, la chose telle qu'elle était au moment du contrat conclu,

[39] *Voy.* ci-dessus, note 7.

[40] C'est pour avoir négligé ce soin que les commentateurs ont cru trouver dans les lois romaines un grand nombre de contradictions qui n'existent point en réalité, et qu'ils sont tombés dans des erreurs graves qui n'ont pas été sans exercer une influence nuisible sur la partie du Code français relative à la garantie en cas d'éviction. *Voy.* Code Napoléon, art. 1626 et suivants.

[41] C'est ce que dit le Fr. 56, § 2, D., *h. t.* « In stipulatione duplæ, cum homo venditur, partis adiectio necessaria est : quia non potest videri *homo evictus,* cum *pars eius evicta est.* » — Les Fr. 36. 42. 43. 44, D., *eodem,* refusent également l'*actio ex stipulatu* pour l'éviction de certaines parties de la chose vendue. Cependant, dans quelques autres textes, ci-après, note 45, l'*actio ex stipulatu* est accordée pour des cas d'éviction partielle. Se fondant sur ces décisions et sur la circonstance que, dans les fragments cités, il s'agit de parties *hétérogènes* ou purement *accessoires*, l'on dit ordinairement que l'exclusion de l'*actio ex stipulatu* doit être restreinte aux hypothèses prévues dans ces passages et que l'éviction d'une partie *homogène* fait encourir la *stipulatio duplæ*. Mais comme cette opinion ne tient aucun compte du Fr. 56, § 2, D., *cité,* nous ne pensons pas qu'elle puisse être approuvée, d'autant plus que les textes cités ci-après, note 45, peuvent très-bien se rapporter à des hypothèses où l'éviction partielle avait été prévue dans la stipulation, comme nous le voyons, au reste, dans les actes mentionnés ci-dessus, note 3 *in fine*,

[42] Fr. 16, § 1. Fr. 21, § 2, D., *h. t. Voy.* ci-dessus, note 20.

[43] Fr. 24. Fr. 41, § 1. Fr. 57, § 1, D., *h. t. Voy.* ci-dessus, note 21.

[44] *Voy.* ci-dessus, notes 29. 31-34.

sans tenir compte des augmentations que la chose avait pu recevoir jusqu'au moment de l'éviction [45].

Or, tous ces éléments peuvent, dans un cas donné, amener dans l'*actio emti* un résultat aussi avantageux que le *duplum* du prix, alors surtout que l'*actio ex stipulatu* présentait, en compensation des avantages propres à la procédure du droit strict, diverses chances défavorables que nous avons indiquées en traitant des *actiones stricti iuris* [46]. Si nous ajoutons à ces différences la considération que la *stipulatio duplæ* n'était pas usitée à l'égard des choses de peu de valeur, on comprendra que les deux actions aient pu concourir électivement jusque dans le droit de Justinien [47]. — Nous terminerons cette comparaison en faisant observer que, malgré la nature indivisible de l'obligation de garantie, l'*actio emti*, aussi bien que l'*actio ex stipulatu*, tendant l'une et l'autre au payement d'une somme d'argent, sont divisibles, et que, par conséquent, plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers d'un vendeur ne peuvent être poursuivis chacun que pour sa part et portion [48].

La garantie en cas d'éviction est de la nature de la vente [49]; mais les parties peuvent déroger, par des conventions particulières, à cet effet naturel du contrat, soit d'une manière générale, soit pour certains cas d'éviction déterminés, *pactum de non præstanda evictione* *. L'effet d'un pareil acte est d'affranchir le vendeur de toute responsabilité dans les limites fixées par la convention [50], sauf le cas de dol [51]. — L'acheteur n'a pas de recours, à moins que les parties ne soient convenues du contraire,

[45] Fr. 53, pr. D., *h. t.* — Fr. 64, pr. § 1. 2. 3, D., *eodem.* Les décisions contenues dans ces passages ont paru embarrassantes à beaucoup de commentateurs; mais elles ne contiennent que des applications rigoureusement logiques du principe que nous avons énoncé dans notre texte. Il est vrai que le § 3 s'en écarte, mais c'est par suite d'une nécessité matérielle invincible. — Les Fr. 13. 14 et Fr. 15, pr. D., *h. t.*, paraissent également se rapporter à l'*actio ex stipulatu.* Cependant il n'est pas à méconnaître que, dans cette hypothèse, la phrase qui forme le Fr. 15, pr. *cité*, ne donne aucun sens rationnel. Peut-être serait-il préférable de faire une transposition vers la fin du Fr. 13, *cité*, en lisant : « *quæ fuisset* EVICTIONIS *tempore, non cum* VENDERETUR, » et d'entendre les Fr. 13. 14. 15, D., *cités* de l'*actio emti.* Cette conjecture paraît d'autant plus admissible que la suite du Fr. 15, *cité*, traite évidemment de cette action.

[46] *Voy.* ci-dessus, § 195.

[47] Fr. 11, § 14. Fr. 17, D., *h. t*

[48] Fr. 39, § 2, D., *h. t.* « Si a me bessem fundi emeris, a Titio trientem... Si vero triens, quem Titius tibi tradiderat, et sextans ex besse quem a me acceperat, petitus (i. e. evictus) fuerit : Titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi præstabimus. » — Fr. 65, D., *eodem.* — Fr. 4, § 2. Fr. 85, § 5. Fr. 139, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 2, C., *h. t. Voy.* ci-dessus, note 23, et § 192, notes 9 et 53. — Cf. Fr. 51, § 4, D., *eodem.*

[49] C'est-à-dire qu'elle a lieu de plein droit, sans que les parties aient besoin de la stipuler, et alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée au vendeur. Ci-dessus, notes 8. 37, et Fr. 11, § 2, D., *emti* 19, 1. — Fr. 60, D., *h. t.* — L. 6, C., *eodem.* — Nous avons montré, ci-dessus, § 211, notes 116-18, que les *emtiones spei* excluent la garantie et qu'elle peut également cesser quand la vente a pour objet une *universitas rerum* ou *iurium.*

[50] Fr. 10, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr. 11, § 18, D., *emti* 19, 1. — Fr. 68, pr. Fr. 69, pr. § 5, D., *h. t.* — L. 21, C., *eodem.* — Une grande controverse sur l'effet de la clause

lorsqu'il a su, en achetant, que la chose n'appartenait pas au vendeur [52]. — Enfin, la perte fortuite de la chose fait cesser l'obligation de garantie, sans que cependant l'acheteur perde le droit de demander des dommages et intérêts dans le cas où le vendeur serait coupable de dol [53].

Observation 1. Pourquoi les Romains se sont-ils bornés à imposer au vendeur l'obligation de délivrer la chose vendue, *tradere ut rem emtori habere liceat*, au lieu de le déclarer tenu d'en transférer la propriété, *dare rem* [54]? Peu de questions ont été plus mal appréciées par les auteurs modernes. Les uns ont vu dans cette règle une erreur accidentelle des Romains, constituant une grave imperfection de leur législation; d'autres, au contraire, ont cru devoir soutenir que ce système est le seul vrai et que ce serait violer la nature du contrat de vente que de mettre à la charge du vendeur l'obligation de transférer la propriété. L'une et l'autre

générale de non-garantie s'est élevée à propos d'un passage d'Ulpien, Fr. 11, § 18, D., *emti* 19, 1. « Qui autem habere licere vendidit, videamus, quid debeat præstare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, *per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat*, an vero *per omnes*. Nam si *per se*, non videtur id præstare, ne alius evincat. (*Voy.* ci-dessus, note 3). Proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Iulianus libro quinto decimo Digestorum scribit : etiam si aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait : idem esse dicendum, et si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi : neque enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret; *nisi forte*, inquit, *sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe : nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium præstare necesse habebit*. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendidit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit. » Quelques auteurs ont conclu de ce passage que la clause de non-garantie a bien pour effet de mettre le vendeur à l'abri du payement des dommages et intérêts, mais qu'il n'en demeure pas moins tenu, en cas d'éviction, de restituer le prix de vente. Mais la lecture attentive du passage démontre évidemment que cette opinion, professée par Julien, est désapprouvée par Ulpien, l'auteur du fragment; car c'est à cette opinion, et non pas à la phrase imprimée en caractère italique, qu'il faut rapporter les mots : *Sed contra erit dicendum*. Cela résulte incontestablement de ce qui suit : *nisi forte* sciens *alienum vendidit*, ainsi que des principes généraux, et des décisions analogues que nous trouvons dans les Fr. 10. 11, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Fr, 68, pr. D., *h. t.* — L. 14, C., *familiæ erciscundæ* 3, 36. — Ajoutons que l'opinion de Julien, admise par le Code Napoléon, art. 1629, amènerait éventuellement ce résultat bizarre que le vendeur qui aurait pris la précaution de stipuler la non-garantie, pourrait avoir le sort plus dur que s'il n'avait fait aucune stipulation. Lors, en effet, qu'il y aurait éviction d'usufruit, il ne serait, dans ce dernier cas, tenu que de la valeur de l'usufruit, tandis que la stipulation faite en sa faveur l'obligerait à restituer l'intégralité du prix.

[51] Fr. 6, § 9. Fr. 11, § 15. 16. 18 in f. D., *emti* 19, 1.

[52] L. 18. 27, C., *h. t.* — Fr. 57, § 2. 3, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 1, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 4, § 5, D., *de doli exceptione* 44, 4. — L. 7, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38.

[53] Fr. 21, pr. D., *hoc titulo*. — L. 26, C., *eodem*.

[54] *Voy.* ci-dessus, notes 2. 3. 8 et § 211, note 11.

de ces opinions sont exagérées et erronées. L'énigme s'explique aisément quand on tient compte du développement historique de la société romaine. En imposant, dans l'origine, au vendeur l'obligation de transférer le domaine de la chose vendue, on eût exclu du commerce tous les étrangers, par la raison qu'ils étaient incapables d'acquérir et, à plus forte raison, de transférer le *dominium ex iure Quiritium* [55]. Pour éviter cette conséquence, inadmissible surtout à l'égard de notre contrat qui, plus que tout autre, participe du *ius gentium*, il était nécessaire de borner les obligations du vendeur à la tradition de la chose, sauf à ajouter à cette simple remise matérielle toutes les garanties que la matière comportait. Entre citoyens rien n'empêchait les parties de convenir que la tradition serait précédée, accompagnée ou suivie de la mancipation [56]. Mais quand un *peregrinus* intervenait dans le contrat ou quand il s'agissait de choses non susceptibles de mancipation, on employait les moyens que les progrès de la civilisation ne tardèrent pas à faire découvrir. On commença par se faire garantir contre le dol du vendeur; ensuite, on se fit promettre une peine pour tout fait d'éviction, de quelque côté qu'il pût venir; enfin la jurisprudence finit par imposer la garantie du chef d'éviction comme une obligation découlant naturellement du contrat de vente. C'est ainsi que les Romains, en suivant pas à pas les besoins sociaux, parvinrent à développer leur droit tout matériel, expression de l'état rudimentaire de la société primitive, au point de le rendre suffisant pour toutes les exigences de la civilisation la plus avancée. Car il est permis de dire que les dispositions du droit romain qui concernent le contrat de vente sont, dans leur ensemble, moins imparfaites et certes plus conséquentes et plus logiques que celles des meilleures législations modernes. Nous croyons cependant que le développement de la garantie du chef d'éviction aurait pu amener un résultat plus simple et plus homogène, si, au lieu de se faire uniquement au point de

55 *Voy.* ci-dessus, t. I, § 91; § 92, n° 1; § 105.

56 Il y a eu des auteurs qui ont contesté ce point; mais leur argumentation ne mérite pas les honneurs d'une réfutation. Rappelons cependant les textes, cités ci-dessus, note 1, et ajoutons : PLAUTE, *Curculio*, IV, 2, 8-14; *Mercator*, II, 3, 112-120; *Persa*, IV, 3, 55-63. — CIC, *de oratore*, I, 39. « Cum enim Marius Gratidianus ædes Auratæ *vendidit*, neque servire quamdam earum ædium partem *in mancipii lege* dixerit... » — LE MÊME, *de officiis* III, 16. « Hæ (ædes *venditæ*) serviebant : sed hoc *in mancipio* Marius non dixerat. » — VARRON, *de re rustica* II, 10, 5. « In *emtionibus* dominum legitimum sex fere res perficiunt : ..... si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit... In horum (servorum) emtione solet accedere peculium...; aut *si mancipio non datur*, dupla promitti... » — GAIUS, IV, 131. « .... Item, si, verbi gratia, EX EMTO agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere : *ea res agatur de fundo mancipando*, ut postea, si velimus *vacuam possessionem nobis tradi*, de tradenda (ea... ex emto agere iterum utiliter possimus). » — PAUL, I, 13, 4. « Si id, quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor COGI potest ut tradat aut *mancipet*. » — LE MÊME, II, 17, 2. 3. — ULPIEN, I, 16. — *Voy.* encore les actes de vente dont nous avons parlé ci-dessus, note 3 *in fine*.

vue pratique du *habere licere*, il avait été dominé par un principe logique. Ainsi, tout en admettant les deux espèces de garanties du droit romain, on aurait pu les définir autrement, en retranchant des vices rédhibitoires les servitudes prédiales, ainsi que la qualité noxale et en les faisant entrer dans la garantie du chef d'éviction [57]. De cette manière, on aurait eu deux grandes catégories : l'une comprenant les vices ou défauts physiques de la chose, l'autre les vices de droit, embrassant tous les cas dans lesquels l'acheteur aurait été évincé de la propriété même ou d'une partie qualitative de ce droit, c'est-à-dire d'un *ius in re* quelconque. Ces deux catégories de garanties auraient dès lors pu être soumises aux mêmes règles, sauf les différences de détail découlant de la nature des choses.

Observation 2. L'obligation de garantie du chef d'éviction peut se rencontrer dans toutes les conventions (autres que les donations [58]) dans lesquelles les deux parties ou l'une d'elles sont tenues de faire avoir une chose ou un droit réel [59]. Mais c'est particulièrement par rapport au contrat de vente que les Romains ont développé les principes qui dominent cette matière. Aussi applique-t-on les dispositions de la vente par analogie aux autres contrats quand la situation particulière qu'ils créent ne s'y oppose pas. Car, dans bien des cas, cette situation exige des modifications plus ou moins importantes. D'abord, comme le vendeur n'est tenu que de *tradere rem* et que cette obligation est moins étendue que celle de transférer la propriété, on comprend que dans les *obligationes dandi* la garantie ait un caractère plus rigoureux [60] ; mais même en dehors de cette diversité, la nature particulière d'un rapport obligatoire peut déterminer des nuances que nous signalerons aux endroits convenables [61].

[57] Les jurisconsultes romains subissent souvent, peut-être involontairement, l'empire de cette idée rationnelle. Ainsi, bien que l'existence d'une servitude prédiale à charge du fonds vendu ne soit point considérée comme un cas d'éviction (*voy.* ci-dessus, note 11 *in fine*) ils emploient fréquemment le mot *evictio* quand il s'agit du préjudice que l'acheteur subit de ce chef. Fr. 35, D., *emti* 19, 1. — Fr. 10, § 1. Fr. 15, § 1. Fr. 46, § 1. Fr. 48. Fr. 69, § 5. Fr. 75, D., *de evictionibus* 21, 2. Cf. Fr. 33, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1. Souvent aussi ils semblent confondre dans une même notion l'esclave évincé, l'esclave fugitif et l'esclave noxal. Fr. 13, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 16, § 2. Fr. 21, § 3. Fr. 31. 32, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. *Voy.* ci-après, § 213, notes 10-13.

[58] Cf. ci-dessus, § 170, note 20, et ci-après, § 255.

[59] Qu'il s'agisse pour le créancier d'acquérir la chose (ou le droit), ou bien d'en avoir seulement la jouissance, comme dans le contrat de louage et parfois dans la société.

[60] Cf. ci-après, § 244, n° 1 et § 246.

[61] *Voy.* ci-après pour les divers rapports : *Contrat de louage*, §§ 216, A, 2. — *Contrat de société*, § 226. — *Contrat de gage*, § 242. — *Contrat d'échange*, § 244, n° 1. — *Contrat verbal* ou *stipulation*, § 246. — *Partage*, § 278, et t. III, § 405. — *Payement et in solutum datio*, t. II, § 288. — *Transaction*, t. II, § 296. — *Constitution de dot*, t. III, § 310. — *Legs et fidéicommis*, t. III, § 422 *in fine*, et §§ 427. 428. 429. 431. 434. — Cf. ce que nous avons dit ci-dessus, § 170, sur la garantie en général, et au § 289, sur la garantie en matière de cession d'actions.

§ 213. *De la garantie des défauts de la chose vendue* †.

Le vendeur est tenu de garantie à raison des défauts de la chose vendue, qui la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou qui en diminuent sensiblement la valeur.

Dans cette matière, nous constatons le même développement historique que dans la garantie du chef d'éviction. Déjà la loi des Douze Tables avait infligé la peine du double au vendeur qui aurait faussement affirmé des qualités que la chose vendue n'avait point [1]. La jurisprudence étendit cette disposition aux défauts dont il aurait sciemment caché l'existence [2]. Comme les contestations à ce sujet se présentaient surtout fréquemment à propos des ventes de bestiaux et d'esclaves, les Édiles curules, chargés de la police des marchés [3], se virent amenés à réglementer la matière par leur édit dont les dispositions furent successivement développées et étendues par la jurisprudence [4]. — Il était aussi d'usage de faire des stipulations particulières [5] et notamment de stipuler une peine pécuniaire qui s'élevait ordinairement au double du prix d'achat, *stipulatio duplæ*, pour le cas où la chose vendue serait entachée de vices et défauts ou n'aurait pas les qualités que le vendeur affirmait [6]. Cet usage était si

† Paul, II, 17, 5. 6. Tit. D., *de Ædilicio edicto et redhibitione et quanti minoris* 21, 1. — Tit. C., *de Ædiliciis actionibus* 4, 58.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 212, note 1.

[2] Cicéron, *de officiis* III, 16. « Ac de iure quidem prædiorum sanctum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quæ nota essent venditori. Nam cum ex XII satis esset ea præstari, quæ essent lingua nuncupata (Festus, v° *Nuncupata*), quæ qui infitiatus esset, dupli pœnam subiret, a iureconsultis etiam reticentiæ pœna est constituta. Quidquid enim esset in prædio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere. » L'auteur cite comme exemple la vente d'une maison qui devait être démolie dans un intérêt religieux et celle d'un fonds grevé de servitudes. — Le même, *ibidem*, 17. « Nec vero in prædiis solum ius civile, ductum a natura, malitiam fraudemque vindicat : sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, præstat edicto Ædilium. » — Le même, *de republica* III, 19. — Cf. ci-après, note 8.

[3] *Voy.* ci-dessus, t. I, n°s 59. 131, et Fr. 2, § 34, D., *de origine iuris* 1, 2. — Gaius, I, 6. — Fr. 63, D., *h. t.* — Cf. Dion Cassius, LIII, 22. — Aurelius Victor, *de viris illustribus*, 73.

[4] Aulu-Gelle, IV, 2. — Fr. 1, § 1. Fr. 19, § 5. Fr. 23, § 1. Fr. 25, § 9. Fr. 38, pr. § 5. Fr. 40. 41. 42, D., *h. t.* — Déjà Plaute, *Captivi*, IV, 2. 43, parle de *Edictiones Ædiliciæ* à propos d'opérations de vente dans les marchés. Cicéron, *de officiis*, III, 17, mentionne l'édit des Ediles à propos des ventes d'esclaves.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 212, note 3. — Le jurisconsulte Manilius, au commencement du sixième siècle de Rome, avait rédigé des formules pour ces stipulations. « Manilianas venalium vendendorum leges. » Cicéron, *de oratore*, I, 58. — Varron, *de re rustica*, II, 2, 6, nous a conservé une *prisca formula* en ces termes : « Illasce oves, qua de re agitur, sanas rectas esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra luscam, surdam, minam, neque de pecore morboso esse, habereque recte licere : hæc sic recte fieri spondesne ? » — D'autres formules d'une date plus récente se trouvent dans les actes de vente que nous avons mentionnés ci-dessus. *Voy.* § 212, note 3 *in fine*.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 212, notes 4-7.

général qu'on s'habitua à considérer la *stipulatio duplæ* comme une obligation découlant naturellement du contrat et à autoriser l'acheteur d'agir afin d'obtenir que la stipulation se fît [7]. Enfin, déjà dans les premiers temps de l'empire l'on admit que, sans aucune convention préalable et sans que le vendeur fût coupable de dol ni de faute, l'acheteur est en droit d'invoquer les dispositions de l'édit des Édiles quand la chose achetée avait des défauts rentrant dans la catégorie de ceux que l'édit avait prévus [8].

Les Édiles avaient créé deux actions au moyen desquelles l'acheteur pouvait demander une diminution du prix d'achat ou même la résiliation de la vente, laquelle résiliation portait, dans cette matière, le nom de *redhibitio;* d'où le terme *rédhibitoire* pour désigner les vices et défauts qui autorisent l'emploi des actions édilitiennes [9]. L'édit ne traitait originairement que des esclaves et des bestiaux et ne considérait dans ces objets que les défauts et vices corporels; mais on ne tarda pas à en étendre les dispositions. Dans le droit nouveau, les actions édilitiennes s'appliquent à toutes espèces de choses [10], pourvu que les conditions suivantes se trouvent réunies : 1° Il faut que les vices rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée ou en diminuent sensiblement la valeur [11]. Telle est du moins la règle générale qui résulte des décisions nombreuses et parfois bizarres [12] renfermées dans le Titre du Digeste *de Ædilicio*

[7] *Voy.* ci-après, note 25, et ci-dessus, § 212, note 7.

[8] *Voy.* ci-après, note 17. La première trace de cette manière de voir remonte à Labéon. Fr. 6, § 4, D., *emti* 19, 1. —Cicéron aux endroits cités à la note 2, et même le texte de l'édit des Édiles supposent toujours au moins une réticence coupable. Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Qui mancipia vendunt certiores faciant emtores..... eademque omnia.... palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit... »

[9] *Voy.* ci-après, notes 22 et suivantes.

[10] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Labeo scribit, edictum Ædilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum quæ soli sint, quam earum quæ mobiles aut se moventes. » — Fr. 48, § 6, D., *eodem.* « ... etiamsi usumfructum in homine emerim... » — Fr. 49. 63, D., *eodem.* — L. 4, C., *eodem* 4, 58. — Les Romains mentionnent comme exemples d'immeubles affectés de vices rédhibitoires : *domus* ou *fundus insaluber et pestilens* ou *pestibilis ; fundus in quo herbæ malæ, pestibiles, lethiferæ nascuntur;* des maisons habituellement fréquentées par des serpents ; des maisons ayant une charpente ou des poutres vermoulues, *ædes male materiatæ, ruinosæ.* Cicéron, *de officiis,* III, 13. 16. 17 ; *de republica,* III, 19. — Fr. 13, pr. D., *emti* 19, 1. — Fr. 19, § 1, D., *locati* 19, 2.— Fr. 49, D., *h. t.*— L. 4, C., *eodem. Voy.* encore, pour les immeubles, les hypothèses mentionnées ci-après, aux notes 16 et 17.

[11] Fr. 1, § 8, D., *h. t.* « Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum ; dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen iam sperni potest, vel vulnusculum modicum, nullum habet in se delictum, quasi pronunciatum non sit : contemni enim potuerunt. » — Fr. 1, § 6, D., *eodem.* « ... Hoc enim tantum tuendum est, ne emtor decipiatur. » — Fr. 1, § 9. Fr. 10, pr. § 2. Fr. 12, § 1. Fr. 38, § 9, D., *eodem* et *passim.*

[12] Aulu-Gelle. IV, 2, 2 sqq. — Fr. 1, § 10. Fr. 2. 3. 6, § 2. Fr. 4, § 6. Fr. 7. 8. 10, § 2. 4. 5. Fr. 11-15. 17, § 6. Fr. 38, § 3-7. Fr. 43. 65, § 2, D., *h. t.* — Fr. 6, § 4. Fr. 11, § 7. Fr. 13, pr. D., *emti* 19, 1 et *passim.*

edicto[13]. Nous avons à signaler comme des particularités de la législation romaine les dispositions qui rangent parmi les vices rédhibitoires l'habitude de l'esclave de s'enfuir [14], la qualité noxale de l'esclave vendu [15], la circonstance qu'une chose est sujette à être confisquée ou expropriée pour cause d'utilité publique [16], les servitudes prédiales qui grèvent un immeuble [17]. — 2° Il faut que les défauts aient existé antérieurement à la conclusion de la vente [18] et qu'ils existent encore au moment où l'acheteur veut s'en prévaloir [19]. — 3° Il faut que les vices aient été inconnus à l'acheteur. Celui-ci n'a rien à prétendre du chef des défauts dont il a eu connaissance, ni même de ceux dont il aurait pu avoir connaissance sans une négligence évidente de sa part [20]. Mais il n'est pas nécessaire que le vendeur ait connu l'existence des vices au moment où il contractait [21]. — 4° Si le vendeur a expressément affirmé l'absence de tous vices ou de certains vices déterminés, il est responsable dans les limites de son affirmation, alors même que toutes les conditions requises dans notre matière

[13] Dans le principe, les Édiles ne semblent avoir tenu compte que des *vitia corporis;* mais plus tard on considéra également comme rédhibitoires de simples *vitia animi,* pourvu qu'il en résultât une dépréciation *matérielle* de la chose. Fr. 1, § 9. 10. 11. Fr. 2. 3. Fr. 4, § 1. 3. 4. Fr. 17. Fr. 23, § 2. 3. Fr. 38, § 3. 8. 9. Fr. 43. pr. Fr. 65, D., *h. t.* et *passim.*

[14] Servus Fugitivus, Fr. 1, § 1. Fr. 17, pr. § 1. 13. 15. 16. – Fr. 43, § 1. 3, D., *h. t.* — Servus erro, Fr. 17, § 14, D., *eodem.* « ... Proprie *erronem* sic definimus qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, et temporibus in res nugatorias consumtis, serius domum redit. »

[15] Aulu-Gelle, IV, 2, 1.–Fr. 1, § 1, D., *h. t.* Aiunt Ædiles : Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, etc. — Fr. 17, § 17. 18, D., *eodem.* Cf. Fr. 52, D., *eodem;* Fr. 11, § 8, D., *emti* 19, 1, et ci-après, § 282.

[16] Cicéron, *de officiis,* III, 16. « ... Ædes, quas (venditor) ab auguribus demoliri iussus (erat)... » – Fr. 15, § 2, D., *de rei vindicatione* 6, 1. – Fr. 11, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. – Fr. 43, D., *de iure fisci* 49, 14. – Cf. Fr. 33, D., *locati* 19, 2, et ci-dessus, § 210, note 8.

[17] Ce point est fort controversé. Nous le traiterons dans l'Observation 1, ajoutée au présent paragraphe.

[18] Fr. 54, D., *h. t.* – L. 3, C., *eodem.* – Arg. Fr. 11, D., *de evictionibus* 21, 2. « ... Futuros casus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere. »

[19] Fr. 16, D. « Quod ita sanatum est, ut in pristinum statum restituatur, perinde habendum est, quasi nunquam morbosum esset. » Par analogie de la décision que le Fr. 17, § 17, D., *eodem,* renferme à l'égard de l'esclave noxal, il est certes permis de soutenir que le vendeur peut éviter la rédhibition, s'il offre de faire disparaître le vice instantanément et sans inconvénient pour l'acheteur.

[20] Cicéron, *de oratore,* I, 39; *de officiis,* III, 16 in fine. – Fr. 13. 15, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. – Fr. 1, § 6. Fr. 14, § 10. Fr. 43, § 1. Fr. 48, § 4. Fr. 51, D., *h. t.* — Si l'acheteur a employé un mandataire, le vendeur peut se prévaloir non-seulement de la science du principal, mais aussi de celle du mandataire, par la raison que le principal agit *ex iure cesso* ou *quasi ex iure cesso procuratoris.* Fr. 51, D., *h. t.* – Fr. 5, pr. D., *de tributoria actione* 14, 4. – Fr. 16, § 4. Fr. 17. Fr. 22, § 5, D., *de liberali causa* 40, 12. *Voy.* ci-dessus, §§ 188. 189, et ci-après, § 221, où nous expliquerons le Fr. 51, § 1, D., *h. t.,* qui, à la première vue, semble présenter quelques difficultés.

[21] Fr. 1, § 2, D., *h. t.* « Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus vendi-

ne se trouveraient pas réunies [22]. — 5° De même, il est toujours tenu de garantir l'existence des qualités qu'il a affirmé appartenir à la chose vendue, *dicta et promissa* [23].

Quant aux moyens à l'aide desquels l'acheteur peut faire valoir ses droits, il faut distinguer :

A) Si les parties ont fait une stipulation expresse pour assurer la garantie des défauts, l'acheteur peut poursuivre le payement de la peine promise par l'action *ex stipulatu* [24].

B) A défaut de stipulation préalable, il peut, au moyen de l'*actio emti*, exiger que cette stipulation lui soit fournie pour les défauts prévus par l'édit des Édiles [25].

C) Enfin, dans tous les cas, il peut, pour ces mêmes défauts, intenter à son choix [26] les deux actions suivantes : *a*) Dans les six mois à partir

torem, etiamsi ignoravit ea, quæ Ædiles præstari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum; potuit enim ea nota habere venditor : neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. » — Fr. 6, § 4, D., *emti* 19, 1. — Fr. 33, pr. D., *locati* 19, 2. — Anciennement le vendeur n'était tenu que de son dol ou de sa faute (ci-dessus, note 1). Dans le droit nouveau, il est passible des actions édilitiennes, alors même qu'aucune faute ne peut lui être reprochée; mais le dol l'expose, de plus, à l'action du contrat en payement de tous dommages et intérêts. *Voy.* ci-après, notes 47. 48.

[22] Fr. 17, § 20. Fr. 19, § 1. Fr. 31, § 1. Fr. 52, D., *h. t.* Parmi ces promesses, il faut compter celle de l'absence de toute servitude, *fundum optimum maximum esse. Voy.* ci-dessus, note 17, et l'Observation 1, ajoutée au présent paragraphe.

[23] Fr. 1, § 1. Fr. 17, § 20. Fr. 18. Fr. 19, § 1, 4. Fr. 38, § 10. Fr. 52. Fr. 75, D., *h. t.* — Fr. 43, pr. § 1. Fr. 66, pr. in f. D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 6, § 4. Fr. 13, § 3, D., *emti* 19, 1. Cf. ci-après, note 47. — Des éloges vagues que le vendeur prodigue à sa chose n'entraînent point de responsabilité (Fr. 43, pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 19, pr. § 3, D., *h. t.* — Fr. 37, D., *de dolo malo* 4, 3), sauf le cas de dol. Fr. 19, § 1. 2. 3, D., *h. t.* — Fr. 37, D., *de dolo malo* 4, 3.

[24] Fr. 4, pr. Fr. 19, § 2, D., *h. t.* — Fr. 16, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2.

[25] Théophile *ad Inst.* III, 18. 2. — Fr. 11, § 4, D., *emti* 19, 1. — Fr. 2. 28, D., *h. t.* — Fr. 31, § 20, D., *eodem.* « Quia assidua est duplæ stipulatio, ideirco placuit etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat. Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire. » — L. 14, C., *emti* 4, 49. Cf. Fr. 1, § 8, D., *de stipulat. prætor.* 46, 5, et ci-dessus, § 212, note 7. — Si le vendeur refuse la stipulation, l'acheteur peut agir dans les deux mois *ad redhibitionem* et pendant six mois *quanto minoris.* Fr. 28, D., *h. t.*

[26] Fr. 19, § 2. 6., *h. t.* « 2... Is qui de huiusmodi causa stipulanti spopondit et *ex stipulatu* posse conveniri et *redhibitoriis actionibus.* Non novum : nam et qui ex emto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest. » — Fr. 18, pr. D., *eodem.* « Si quid venditor de mancipio affirmaverit idque non ita esse emtor queretur, aut redhibitoria, aut æstimatoria, id est quanto minoris iudicio agere potest... » — Fr. 38, pr. Fr. 43, § 6, D., *eodem.* — Fr. 48, § 2, D., *eodem.* « Non nocebit emtori, si, sex mensium exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum æstimatoria agere. » — Fr. 25, § 1, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2. « Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quæ datur : quanto minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est ut eum ob id actor emturus non fuerit. Quare vere dicitur, eum qui alterutra earum agerit, si altera postea agat, rei iudicatæ exceptione summoveri. » C'est a tort qu'on a voulu conclure de la seconde phrase du dernier passage que l'action rédhibitoire ne se donnerait que pour des vices principaux, *tale vitium ut ob id actor emturus non fuerit*, tandis que l'*actio quanto minoris* serait

du jour de la vente [27], l'*actio redhibitoria* en résolution du contrat [28]. Cette action tend à faire remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la vente [29], particulièrement à faire obtenir à l'acheteur la restitution du prix de vente avec les intérêts, sauf compensation de ces derniers avec les fruits, plus le remboursement des frais et impenses qui ont été faits sur la chose et du dommage qu'elle a pu lui causer [30]. De son côté, l'acheteur doit restituer la chose avec les accessoires et les fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir [31]. Le refus du vendeur de

accordée pour des vices moins importants. Cette phrase dit tout simplement que *de fait* l'action *quanto minoris* peut quelquefois produire les mêmes effets que l'action rédhibitoire, savoir, lorsqu'il résulte des débats judiciaires que la chose vendue n'a réellement aucune valeur vénale. *Voy.* Fr. 43, § 6, D., *h. t.*, et ci-après, notes 34 et 35. Le texte cité consacre donc pleinement le concours électif des deux actions. La distinction, que nous venons de combattre dans les termes dans lesquels elle est produite, a cependant un certain fondement, comme celle en *dolus causam dans* * et *dolus incidens* * (ci-dessus, § 202, note 27). En effet, comme le juge peut, le cas échéant, prononcer la rédhibition en suite de l'*actio quanto minoris*, il pourra également, dans l'action rescisoire, se borner à imposer une diminution de prix, ce qui d'ailleurs est conforme à la nature arbitraire de cette action. C'est pourquoi dans plusieurs décisions, et notamment quand il s'agit de servitudes prédiales, on ne mentionne que l'*actio quanto minoris*. Fr. 13, pr. § 1, D., *emti* 19, 1, et ci-après, note 35.

[27] Paul, II, 17, 5. — Fr. 38, pr. Fr. 48, § 2, D., *h. t.* Cf. la note précédente. — L. 2, C., *eodem.* « ..... Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifesti iuris est. » — A partir de quel jour le délai des six mois commence-t-il à courir? Régulièrement à partir du jour de la vente, à moins que, par suite de la nature particulière des vices, l'acheteur n'ait pu en avoir connaissance que plus tard. Fr. 19, § 6, D., *eodem.* « ... Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quod est. » — Fr. 55, D., *eodem.* « Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriæ actioni præstantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit. Non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit. » Cf. Fr. 6, in f. D., *de calumniatoribus* 3, 6. — Nous avons vu, ci-dessus, note 25, que l'action en rédhibition par suite du refus de fournir la *stipulatio duplæ* se prescrit par le laps de deux mois. Le Fr. 38, pr. § 11. 12, D., *h. t.*, fixe également le délai de soixante jours pour la rédhibition demandée par suite du refus de remettre les ornements dont l'animal vendu était paré au moment de la vente, DE ORNAMENTIS RESTITUENDIS, IUMENTISVE ORNAMENTORUM NOMINE REDHIBENDIS.

[28] Redhibere de re et habere. Festus, v. *Redhibitum.* — Fr. 21, pr. D., *h. t.* — Fr. 13, § 2, D., *de adquir. poss.* 41, 2. — L'édit des Ediles paraît aussi s'être occupé de la résiliation conventionnelle des ventes. Ci-après, § 249, n° 7.

[29] Fr. 23, § 1. 7, D., *h. t.* « 7. Iulianus ait, iudicium redhibitoriæ actionis utrumque, et emtorem et venditorem, in integrum restituere debere. » — Fr. 60, D., *eodem.* « ... Perinde ac si neque emtio, neque venditio intercessit. » — Fr. 9, D., *de alienationibus iudicii mutandi causa factis* 4, 7. — Fr. 13, § 2, D., *de adquir. possessione* 41, 2.

[30] Fr. 1, § 1. Fr. 23, § 8. Fr. 25, § 10. Fr. 27. 29. 30. 31, pr. Fr. 58, D., *h. t.* — Cependant le vendeur qui renonce à reprendre la chose n'est tenu que de la simple restitution du prix (avec les intérêts), sauf le cas de dol. Fr. 23, § 8. Fr. 31, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 29, § 2, D., *eodem.*

[31] Fr. 1, § 1. Fr. 23, pr. § 9. Fr. 24. 25. 26. 29, pr. Fr. 31, § 2. 3. 4. 19. Fr. 33. 45, D., *h. t.* — Fr. 17, § 2, D., *de furtis* 47, 2. — Il va sans dire que l'acheteur est tenu du dommage qu'il aurait causé à la chose par sa faute (Fr. 1, § 1, *verbis* Si quid autem. Fr. 23, pr. Fr. 25, pr. § 1-8. Fr. 31, § 9. 11-15. Fr. 46, D., *h. t.*), et qu'il doit restituer la chose libre de toutes charges. Fr. 21, § 1. Fr. 43, § 8, D., *eodem.* — Fr. 4, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

s'exécuter entraîne la condamnation au double [32]. *b*) Pendant une année utile [33], l'*actio quanto minoris* ou *æstimatoria,* en diminution du prix [34]. La diminution doit se faire en proportion de l'étendue et de l'importance des défauts dont l'acheteur a le droit de se plaindre [35]. — Comme divers défauts peuvent se manifester à différentes époques, il est possible que l'action *quanto minoris* soit intentée plusieurs fois de suite du chef de la même vente, tandis que l'action rédhibitoire ne peut avoir lieu qu'une seule fois [36]. — Faisons encore observer que ces actions peuvent être poursuivies, même dans le cas où la chose vendue a péri par cas fortuit ou a été évincée [37], et que l'acheteur peut demander la diminution du prix ou la rédhibition aussi bien par voie d'exception qu'au moyen des deux actions dont nous venons de parler [38]. — Si plusieurs choses ont été vendues, chacune pour un prix séparé, il y a autant de ventes que de choses, et la rédhibition peut être poursuivie pour chacun des objets séparément, à moins qu'il ne soit impossible de les séparer ou qu'il ne résulte clairement des circonstances que les parties ne voulaient acheter ou vendre que toutes les choses ensemble [39]. — Il nous reste à parler du cas où il y a plusieurs acheteurs ou vendeurs, ou bien plusieurs héritiers de l'une ou l'autre des parties contractantes [40]. Quand il y a plusieurs

[32] Fr. 45, D., *h. t.*

[33] *Voy.* ci-dessus, notes 26 et 27.

[34] ACTIO ÆSTIMATORIA, ACTIO QUANTO OU QUANTI MINORIS. Fr. 31, § 16. Fr. 43, § 6. Fr. 47, pr. D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem* et *passim.*

[35] PAUL, II, 17, 6. — Fr. 36, D., *h. t.* — Fr. 38, pr. § 13, D., *eodem.* « quo minoris (quanto minoris), *cum venirent,* fuerint. » — Fr. 64, pr. § 1, D., *eodem.* — Fr. 32, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 25, § 1, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2. — Ainsi il peut se faire, dans des cas exceptionnels, que la condamnation dans l'*actio quanto minoris* s'élève à la même somme que celle de l'action rédhibitoire (Fr. 43, § 6, D., *h. t.* — Fr. 25, § 1, D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2); toutefois le juge doit veiller à ce que ce cumul ne devienne pas une source de gain pour l'acheteur. *Voy.* la note suivante, et ci-dessus, note 26 *in fine.*

[36] Fr. 31, § 16, D., *h. t.* « Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum : quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem sæpius agi posse quanto minoris dubium non est. Sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emtor faciat, et bis eiusdem rei æstimationem consequatur. » — Fr. 32, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. — Nous trouvons à ce propos une trace des anciennes *præscriptiones* en faveur du demandeur. Fr. 78, § 7, D., *h. t.* « ... Permittendum est de uno vitio agere et *prædicere*, ut si quid aliud postea apparuerit, de eo iterum ageretur. » Cf. ci-dessus, t. 1, § 62, note 13 *in fine.*

[37] Fr. 31, § 6. Fr. 38, § 3. Fr. 47, § 1. Fr. 48, pr. D., *h. t.* — Fr. 16, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 44, § 2, D., *h. t.* « In redhibitoria vel æstimatoria potest dubitari, an, quia alienum servum vendidit, et ob evictionem et propter morbum forte, vel fugam simul teneri potest. Nam potest dici, nihil interesse emtoris sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit. Sed interfuit emtoris, *sanum possedisse* propter operas ; neque ex post facto decrescat obligatio : statim enim, ut servus traditus est, committitur stipulatio, quanti interest emtoris. » — Cf. ci-après, note 46.

[38] Fr. 59, D., *h. t.* — Fr. 14, D., *de exceptionibus* 44, 1.

[39] Fr. 34. 35. 36. 38, § 12. 13. 14. Fr. 39. 40, pr. Fr. 59, § 1. Fr. 64, pr. § 1, D., *h. t.*

[40] Si plusieurs acheteurs ou vendeurs ont acheté ou vendu chacun pour une quote-part déter-

acheteurs ou héritiers d'un acheteur, tous doivent se réunir pour choisir entre la rédhibition et la diminution, et ensuite constituer ensemble un seul mandataire à l'effet d'agir au nom de tous, sauf à répartir au marc le franc le produit pécuniaire de l'action [41]. Par contre, quand un seul acheteur se trouve en face de plusieurs vendeurs ou héritiers d'un vendeur, il peut agir contre chacun d'eux comme bon lui semble, soit en rédhibition, soit en diminution, et il va sans dire qu'alors même qu'il les poursuivrait tous ensemble, la condamnation se répartirait entre eux en proportion de leurs parts respectives [42].

La garantie des défauts, d'après les règles exposées ci-dessus, est de la nature de la vente [43]; mais les parties peuvent, par des conventions particulières, déroger à cet effet naturel du contrat : le vendeur peut même stipuler qu'il ne sera point tenu de garantir des défauts quelconques ou certains défauts déterminés de la chose. Pareille clause est valable en tout, sauf le cas de dol [44]. — Sans convention particulière, la garantie des défauts est exclue, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, dans les *emtiones spei* et dans les ventes qui ont pour objet des *universitates incertæ* [45]; mais, contrairement à ce qui est observé en matière d'éviction, elle ne cesse point par la perte fortuite de la chose [46].

minée, il y a autant de ventes que de parts, et il y a lieu à rédhibition ou à modération pour chaque part. Fr. 31, § 10 in f. D., *h. t.*

[41] Fr. 31, § 5, D., *h. t.* « Si plures heredes sint emtoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. Et ait Pomponius, omnes consentire debere ad redhibendum dareque unum procuratorem : *ne forte venditor iniuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo est.* » — Fr. 31, § 6. 7. 9, D., *eodem.* — Cf. Fr. 26, § 4, D., *de condict. indebiti* 12, 6. « ... Nemo enim invitus compellitur ad communionem, » et ci-après, § 249, n° 4.

[42] Fr. 31, § 10, D., *h. t.* « Si venditori plures heredes exstiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi : et si servus plurium venierit, idem erit dicendum. » Dans ce cas, en effet, nous ne rencontrons pas le motif qui a fait créer la décision particulière mentionnée dans la note précédente : *ne venditor iniuriam patiatur*, etc., puisque le vendeur se trouvait en communauté déjà avant la vente. — Nous croyons inutile de faire observer que l'acheteur peut stipuler en sa faveur la corréalité des vendeurs. Fr. 31, § 10, *verbis* Nam si unus D., *h. t.* Le Fr. 44, § 1, D., *eodem*, crée même pour un cas tout spécial une espèce de solidarité ou plutôt d'indivisibilité légale. *Voy.* ci-après, § 227 *in fine.*

[43] C'est pourquoi les actions édilitiennes sont souvent comprises dans la dénomination générale *actiones ex emto*, bien que parfois aussi on les oppose à l'action ordinaire du contrat. Fr. 13, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 6, § 4. Fr. 11, pr. § 1. 3. 8. Fr. 13, pr. § 1-4. D., *emti* 19, 1. — Fr. 1, § 9. 10. Fr. 4, pr. § 4. Fr. 19, § 2. Fr. 23, pr. in f. Fr. 51, D., *h. t.* et *passim.*

[44] Fr. 14, § 9, D., *h. t.* Comme ce passage parle du cas où le vendeur a excepté nommément certains défauts déterminés, quelques auteurs en ont conclu *a contrario* qu'un pacte *général* n'était point valable; mais rien ne justifie cette opinion, qui est contraire à tous les principes et aux passages suivants : Fr. 31, D., *de pactis* 2, 14. « Pacisci contra edictum Ædilium omnino licet : sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea. » — Fr. 39, *verbis* Cum hoc et apud veteres D., *emti* 19, 1.

[45] *Voy.* ci-dessus, § 211, notes 16-18.

[46] Comme le dit Paul, au Fr. 47, § 1, D., *h. t.* « Post mortem autem hominis (i. e. servi)

D) Il peut paraître superflu de rappeler qu'en cas de dol de la part du vendeur, rien ne s'oppose à ce que l'acheteur, par l'*actio emti*, poursuive, pendant trente ans, soit la résiliation du contrat ou des dommages et intérêts, soit la rédhibition ou une réduction de prix pour les vices rédhibitoires et pour les *dicta* et *promissa* [47], comme pour toute autre cause qui autorise pareille demande [48].

Observation 1. En traitant de la garantie d'éviction, nous avons fait observer que les Romains auraient agi d'une manière plus scientifique s'ils avaient considéré l'existence d'une servitude prédiale, grevant le fonds vendu, comme constituant un cas d'éviction d'une partie qualitative du domaine de la chose vendue [49]; mais il est certain que ces charges étaient considérées comme *vitia fundi*. C'est la qualification que leur donne déjà Cicéron [50]; et dans le Digeste, nous voyons, d'une part, que l'on accorde à l'acheteur l'*actio quanto minoris* du chef des servitudes prédiales qui grèvent le fonds acheté [51], et, d'autre part, que le vendeur n'est point

Ædiliciæ actiones manent. » Cette proposition de Paul doit, au reste, être entendue raisonnablement, c'est-à-dire que les actions édilitiennes subsistent, pourvu que l'acheteur y ait un intérêt. C'est sur cette considération qu'est fondée la différence entre la garantie des défauts et la garantie du chef d'éviction. Lors, en effet, que la chose achetée a péri avant que l'acheteur évincé en ait été dépossédé, il n'a plus aucun intérêt, ni par conséquent aucune action (ci-dessus, § 212, note 53). Lors, au contraire, que nous avons acheté une chose défectueuse, nous subissons par le défaut un préjudice qui peut subsister, bien que la chose vienne ultérieurement à périr ou à être évincée (ci-dessus, note 30). Ainsi, il va de soi que nous ne perdons point notre recours, si c'est le vice ou la maladie qui a causé la mort de l'esclave ou de l'animal. Mais, en dehors de cette hypothèse, il se peut que nous ayons subi un préjudice par suite d'une servitude que nous avons dû subir, que nous ayons privé du bénéfice que nous avions le droit d'attendre du travail de l'esclave ou de l'animal (*propter operas*, comme dit le Fr. 44, § 2, D., *h. t.*, transcrit à la note 37). Il se peut aussi que, au moment de l'éviction, la chose évincée ait une valeur moindre qu'au moment de la vente : l'action édilitienne nous fera alors avoir la différence entre le prix d'achat et l'indemnité que nous avons reçue par l'*actio emti* du chef d'éviction. Cf. les passages cités ci-dessus, note 37.

[47] Paul, II, 17, 6. — Fr. 7, pr. D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 43, § 2, D., *de contr. emtione* 18, 1. — Fr. 6, § 4. Fr. 11, § 3. Fr. 13, pr. § 1-4. Fr. 39 in f. D., *emti* 19, 1. — Fr. 19, § 1, *verbis* Et in Cassio D., *locati* 19, 2. — Fr. 1, § 9. 10. Fr. 4, pr. § 4. Fr. 14, § 9. Fr. 19, § 1. 2. Fr. 38, § 7 in f. Fr. 44, § 2 in f. Fr. 51, pr. D., *h. t.* — Fr. 16, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2.

[48] *Voy.* ci-après, § 214, n° 1, et ci-dessus, § 202, note 31.

[49] *Voy.* ci-dessus, note 17 et § 212, note 57.

[50] Cicéron, *de oratore*, I, 39; *de officiis*, III, 16.

[51] Fr. 61, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. « Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet præstari, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam. » Il est impossible d'entendre cette décision d'un cas de dol ; car, dans cette hypothèse, le vendeur serait tenu de *tous* dommages et intérêts. — Fr. 15, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. « Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum æstimatio facienda est. Sed et si *servitus* evincatur, quanti minoris ob id prædium est, lis æstimanda est. » Il est vrai que la leçon ordinaire dans le second membre de ce passage est *servus* au lieu de *servitus;* mais le changement que nous faisons subir au texte est indispensable. Cf. Cujas, *Observationes*, II, 20. — Fr. 75, D., *eodem*, ci-après, note 52. — Arg. Fr. 17, § 3, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 1, § 1 in f. Fr. 39, D., *emti* 19, 1. — Fr. 69, § 5, D., *de evictionibus* 21, 2.

tenu des servitudes apparentes[52], à moins qu'il n'ait expressément affirmé la liberté du fonds, *ita ut optimus maximusque*[53], ou qu'il n'ait agi frauduleusement[54]. Beaucoup d'auteurs modernes prétendent que de droit le vendeur n'est tenu d'aucune garantie du chef de servitudes prédiales. Cette opinion nous paraît incompatible avec le développement historique de la matière (pourquoi, en effet, ce qui constituait un *vitium fundi* du temps de Cicéron, aurait-il cessé d'avoir ce caractère plus tard?) et avec l'esprit de la législation de Justinien. Il est, en effet, évident que l'existence d'une servitude prédiale peut diminuer la valeur et l'usage de la chose achetée autant qu'un vice ou défaut physique[55]. On cherche à affaiblir la valeur de cette objection, en disant que les servitudes prédiales sont quelque chose de si commun que tout acquéreur d'un fonds doit s'attendre à le trouver grevé de plus ou moins de charges de cette nature[56]. Mais cette échappatoire est des plus malheureuses. Abstraction faite de ce qu'il y a de vague dans cette proposition[57], la présomption qu'elle renferme est en contradiction flagrante, non-seulement avec les principes[58], mais encore avec la pratique romaine[59]. Restent les textes. Nous avons indiqué aux notes 51 et 52 plusieurs fragments des Pandectes

[52] Fr. 75, D., *de evictionibus* 21, 2. « Quod ad servitutes prædiorum attinet, *si tacite secutæ sunt* et vindicentur ab alio, Q. Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse : nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure quod tacite soleat accedere; nisi UT OPTIMUS MAXIMUSQUE ESSET, traditus fuerit fundus : tunc enim liberum ab omni servitute præstandum.... » Les mots : *si tacite secutæ sunt,* veulent dire : « si l'existence de la servitude devait être connue de l'acheteur *sans qu'il fût besoin de la lui indiquer expressément,* » en d'autres termes, si la servitude est visible, apparente. C'est, du moins, la seule interprétation admissible. *Voy.* ci-après, note 58.

[53] Fr. 59, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 48. 75, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 90. 169, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Cf. ci-dessus, t. 1, § 95, note 10.

[54] Fr. 1, § 1. Fr. 35. 39, D., *emti* 19, 1. — Fr. 69, § 5, D., *de evictionibus* 21, 2.

[55] *Voy.* ci-dessus, notes 10-11.

[56] On a dit encore que le vendeur ne peut ignorer les servitudes qui grèvent son fonds. Cet argument n'a rien de sérieux. Le vendeur peut ignorer aussi bien ces servitudes que les défauts physiques dont la chose vendue est affectée. Il est vrai que le cas ne se présentera pas très-souvent dans la pratique, mais cette circonstance est sans valeur au point de vue de la théorie; elle explique d'ailleurs le petit nombre de décisions que nous offrent nos sources.

[57] En effet, à quelles servitudes l'acheteur devra-t-il s'attendre? Cela n'est pourtant pas indifférent; car il y a des servitudes très-onéreuses et des servitudes qui ne le sont guère.

[58] *Voy.* tome I, § 95, n° 2; § 124, n° 1 et § 136, notes 5 et 6; § 137, notes 4 et 5. — Il est vrai que l'on invoque contre cette présomption légale le commencement du Fr. 75, D., *de evictionibus,* transcrit à la note 52, en traduisant comme suit : « En ce qui concerne les servitudes prédiales qui suivent le fonds sans qu'on ait besoin de les indiquer. » Mais cette traduction suppose un texte différent de celui qu'il s'agit de traduire. Pour qu'elle fût possible, il faudrait : QUÆ tacite SEQUUNTUR. Le vrai texte : SI tacite SECUTÆ SUNT, est incompatible avec cette interprétation et suppose nécessairement qu'il y a des servitudes *quæ tacite sequuntur* et d'autres qui n'ont point ce caractère.

[59] *Gromatici veteres,* p. 147, 5. (10. Goës.). « Privatæ itaque viæ ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis præstanda, *quæ sub exceptione nominari in emtionibus agrorum*

qui confirment notre théorie, les uns directement, les autres au moins par induction. Les partisans de l'opinion que nous combattons allèguent à leur tour plusieurs décisions du Digeste. Mais de tous les passages qu'ils invoquent, un seul a une portée sérieuse [60]. Le Fr. 59, D., *de contrahenda emtione*, emprunté au jurisconsulte Celsus [61], serait, en effet, ouvertement contraire à notre thèse, s'il fallait le prendre à la lettre; mais en présence des arguments et décisions que nous avons produits, nous pensons qu'il est permis de donner, dans ce texte, aux mots *qualis esset*, la signification que la jurisprudence française a toujours donnée à la clause analogue : COMME IL EST ET SE COMPORTE, c'est-à-dire LE FONDS TEL QU'IL EST ET SE MONTRE, ce qui exclut la responsabilité des servitudes apparentes.

OBSERVATION 2. La garantie du chef d'éviction s'applique, en général, à tous les contrats à titre onéreux. En est-il de même de la garantie des défauts? L'affirmative est soutenue par plusieurs jurisconsultes; mais cette extension des dispositions tout à fait exceptionnelles de l'édit des Édiles est d'autant moins admissible qu'un texte formel la semble proscrire formellement [62]. Il n'y a d'exception que pour le contrat d'échange, dans lequel les deux parties peuvent se servir des actions édilitiennes [63].

solunt. » — Comment, en outre, expliquer l'usage des clauses de non-garantie que nous trouvons dans nos sources? Fr. 1, § 1, D., *emti* 19, 1. « Sed et si proponas eum dixisse : *Nulla quidem servitus debetur, verum, si emergat inopinata servitus, non teneor...* » — Fr. 39, D., *eodem.* « ... Qui sic exceperat : *Servitutes, si quæ debentur, debebuntur....* » — Fr. 69, § 5, D., *de evictionibus* 21, 2. — Enfin, si l'acheteur doit toujours s'attendre à plus ou moins de servitudes, de quel droit reprocherait-on au vendeur de n'avoir pas indiqué les servitudes dont il avait connaissance? CICÉRON, *de oratore*, I, 39; *de officiis*, III, 17. — Fr. 1, § 1. Fr. 39, D., *emti* 19, 1. — Fr. 69, § 5, D., *de evictionibus* 21, 2.

[60] Parmi les autres textes invoqués par nos adversaires, le Fr. 66, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1, parle, non pas de servitudes qui grèvent le fonds vendu, mais de droits de servitude qui sont établis en faveur du fonds; le Fr. 48, D., *de evictionibus* 21, 2 est sans portée. Quant au Fr. 75, D., *eodem*, nous avons cherché à démontrer ci-dessus, à la note 52, que la décision qu'il renferme, loin de consacrer le principe de la non-garantie, confirme au contraire notre thèse qui assimile les servitudes aux vices rédhibitoires.

[61] Fr. 59, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Cum venderes fundum, non dixisti : ITA UT OPTIMUS MAXIMUSQUE : verum est quod Q. Mucio placebat, *non liberum, sed qualis esset, fundum præstari oportere.* Idem et in urbanis prædiis dicendum est. »

[62] Fr. 63, D., *h. t.* « Sciendum est, ad venditiones *solas* hoc edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. Hæc tamen ratio redditur : vel quia nunquam istorum (Ædilium) de hac re fuerat iurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones, fiunt. » La raison donnée par le jurisconsulte ne paraît pas fort concluante; il est plus probable que le besoin de pareilles dispositions s'est moins fait sentir dans le contrat de louage, où le *locator* est *naturellement* tenu de procurer au locataire l'usage auquel la chose est destinée (ci-après, § 216, note 10). — Le Fr. 62, D., *h. t.*, déclare l'édit des Édiles non applicable aux donations.

[63] Fr. 2, D., *de rerum permutatione* 19, 4. — Fr. 19, § 5, D., *h. t.* « ... Emtorem accipere debemus eum qui pretio emit. Sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri. »

§ 214. *De la rescision de la vente. Lésion d'outre moitié.*

Le contrat de vente peut être résilié par les deux parties, soit pour les causes générales de résiliation, soit en vertu d'une convention particulière, ajoutée au contrat afin d'assurer la faculté de le résoudre. Nous n'avons point à nous occuper ici de ces hypothèses qui trouvent ailleurs une place plus convenable [1]. Mais il est une cause de rescision qui est particulière à notre contrat et qui, dans le droit nouveau, fait même partie des effets naturels de la vente, savoir : la lésion d'outre moitié.

En général, il est libre à chaque partie d'employer tous les moyens licites afin d'obtenir des conditions favorables, alors même que ces conditions léseraient les intérêts de la partie adverse [2]. Mais d'après une disposition formelle des empereurs Dioclétien et Maximien, le vendeur qui est lésé de plus de moitié dans le prix de la chose est autorisé à demander la rescision de la vente [3]. Le motif de cette disposition exceptionnelle est la supposition que le vendeur n'aurait pas consenti à vendre la chose à un prix aussi minime, s'il n'y avait été forcé par le besoin : or, le législateur ne veut pas que l'acheteur puisse tirer profit de cette triste position du vendeur [4]. La lésion d'outre moitié, *læsio ultra dimi-*

[1] *Voy.* ci-dessus, §§ 202. 203. 213, c, et ci-après, § 249.

[2] Comme le dit un peu crûment le jurisconsulte Pomponius, Fr. 16, § 4, D., *de minoribus* 4, 4. « In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere. » *Voy.* aussi Fr. 22, § 3. Fr. 23, D., *locati* 19, 2. — L. 6. 15, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. « .... Quamvis enim (tu venditor) duplum offeras emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. » — L. 15, C., *eodem.* — C'est à tort qu'on a soutenu que des exceptions à ce principe auraient déjà été consacrées par les jurisconsultes classiques. Le Fr. 12, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3, ne parle point d'une vente; ensuite il s'y agit d'un cas de dol. Les Fr. 2, D., *depositi* 16, 3, et Fr. 79, D., *pro socio* 17, 2, n'ont aucun rapport avec notre matière.

[3] L. 2, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. « Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias auctoritate iudicis interveniente : vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. » — L. 8, C., *eodem.* « Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium : profecto perspiceres, neque bonam fidem, quæ emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem, nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione iam emtori præstita servanda. » Il est à remarquer que ces deux constitutions ne se trouvent point dans le Code Théodosien qui, par contre, renferme trois constitutions postérieures consacrant énergiquement le principe énoncé à la note précédente.

[4] Cujas, *Observationes*, XIV, 18, XXIII, 32.

dium *, *læsio enormis* *, n'a pas pour effet d'annuler la vente, mais la loi fournit au vendeur les moyens de se soustraire aux conséquences fâcheuses qu'elle produit pour lui [5]. Ainsi, tant que la vente n'a pas encore été exécutée, le vendeur pourra opposer une exception à l'*actio emti;* et si elle a reçu son exécution, il pourra se servir de l'*actio venditi* pour demander la résiliation du contrat.

Pour que le vendeur puisse se prévaloir du bénéfice que lui assurent les constitutions impériales, il n'est pas nécessaire que l'acheteur ait été *in dolo*. Par cela seul que le prix de vente est inférieur à la moitié de la valeur vénale que la chose avait au moment du contrat, le vendeur est autorisé à demander la rescision : l'acheteur, cependant, peut l'éviter en payant le supplément du prix [6]. L'obligation de ce dernier est donc de la catégorie de celles que les commentateurs appellent facultatives [7]. S'il n'offre pas de compléter le prix, il est tenu de restituer la chose moyennant le remboursement de ce qu'il a payé. Conformément aux principes généraux, la chose doit être restituée telle qu'elle a été livrée, libre de toutes charges et non détériorée, sans que cependant le vendeur soit tenu des détériorations survenues par un pur cas fortuit. Les accessions sont comprises dans la restitution ; mais on ne saurait invoquer aucun principe juridique en vertu duquel le vendeur soit obligé de restituer les fruits qu'il a perçus. Par contre, on ne peut lui refuser le droit de demander une indemnité du chef des impenses nécessaires qu'il a dû faire et des impenses utiles jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur que la chose en a reçue.

L'action au moyen de laquelle le vendeur poursuit la rescision est l'*actio venditi*, qui, étant purement personnelle, ne se donne point contre des tiers auxquels l'acheteur aurait transmis la chose achetée à vil prix. Elle s'éteint par la perte fortuite de la chose, parce que cet événement a pour effet de mettre l'acheteur dans l'impossibilité de restituer.

Il résulte de la nature des choses que la rescision pour cause de lésion ne peut avoir lieu dans les ventes aléatoires ; mais c'est contraire à l'esprit de la législation romaine que de l'exclure dans les ventes faites par l'autorité publique [8]. — A moins de détruire virtuellement la loi, il faut bien soutenir que le vendeur ne peut renoncer d'avance à la faveur de la resci-

[5] Nous ne possédons point, sur cette matière, d'autres textes que ceux cités à la note 2. Force nous est donc de recourir aux principes généraux et à l'analogie que d'autres hypothèses nous offrent, pour décider les difficultés de détail qui pourront se présenter dans la pratique et que les deux constitutions de Dioclétien et de Maximien n'ont pas décidées.

[6] Il n'existe aucune raison juridique pour imposer au vendeur l'obligation d'offrir les intérêts du prix.

[7] L. 2, C., *citée*. « ... Vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias... » — L. 8 in f. C., *eodem*. — *Voy.* ci-dessus, § 191, Observation.

[8] Arg. Fr. 7, § 8. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 9, D., *de rescindenda venditione* 18, 5.

sion pour cause de lésion, sauf, naturellement, le cas où il agirait ainsi dans l'intention certaine et positive de faire une libéralité [9].

Quelques auteurs étendent à l'acheteur le bénéfice dont nous venons de parler, en l'autorisant à demander la résiliation de la vente, au cas qu'il aurait subi une lésion d'outre moitié [10]. Cette extension ne saurait être admise, parce que les lois exceptionnelles [11] qui ont introduit la rescision pour cause de lésion parlent exclusivement du vendeur, et que les motifs qui ont fait accorder le bénéfice à celui-ci ne militent pas également en faveur de l'acheteur. Par les mêmes raisons, il faut rejeter l'extension que beaucoup de commentateurs en ont faite à d'autres contrats synallagmatiques.

Du louage. *Locatio conductio* †.

§ 215. *Notions et conditions requises. Actions.*

Il y a contrat de louage quand une partie s'oblige à procurer à l'autre partie l'usage d'une chose, ou à faire quelque chose pour elle, moyennant un prix à payer par cette dernière. — Celui qui s'engage à payer le prix s'appelle *conductor*, de *conducere*, prendre en location; l'autre s'appelle *locator*, de *locare*, procurer la jouissance d'une chose ou d'un travail moyennant rétribution [1].

Le louage présente une grande analogie avec la vente : on pourrait même dire que c'est la vente de l'usage déterminé d'une chose ou d'un

[9] *Voy.* ci-dessus, § 209, notes 29. 30.

[10] Ceux qui admettent cette extension ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut, dans ce cas, entendre par *læsio ultra dimidium*. D'après les uns, il y aurait déjà lésion d'outre moitié quand l'acheteur a payé le véritable prix, et en outre plus de la moitié de ce prix; tandis que d'autres exigent qu'il ait payé au delà du double du juste prix. Le premier système est conforme à la lettre des deux lois de Dioclétien et Maximien, mais il détruit l'analogie; le second paraît plus rationnel, mais il est contraire aux textes, car la lésion qu'il exige serait *ultra duplum*, et non pas *ultra dimidium*.

[11] Quelques auteurs, en exagérant le principe que les lois exceptionnelles sont de stricte interprétation, ont voulu restreindre la rescision dont il s'agit aux seuls immeubles, parce que les deux rescrits qui ont introduit cette faveur se rapportent à des ventes de fonds de terre. Mais le raisonnement des empereurs est absolu, et les motifs de leurs décisions s'appliquent aussi bien aux choses mobilières qu'aux immeubles. La L. 2, C., *citée*, d'ailleurs, s'énonce de manière à embrasser toutes choses quelconques : « Rem maioris pretii... » Aussi les *Basiliques* ne font-ils plus mention des *fundi* et formulent la règle d'une manière générale.

† Gaius, III, 142-147. — Ulpien, *Fragm. Vindobonense*, 2. « Locatum quoque et conductum ius gentium induxit. Nam ex quo cœpimus possessiones proprias et res habere, et locandi ius nancti sumus, et conducendi res alienas; et is qui conduxit, iure gentium tenetur ad mercedem ex..... » — Paul, II, 13.— Tit. I., *de locatione et conductione* 3, 24. — Tit. D., *locati conducti* 19, 2. — Tit. C., *de locato et conducto* 4, 65.

[1] *Locare*, de *locus*, veut dire : *placer* ou mettre une chose à la disposition de quelqu'un. Cf. ci-après, § 218, note 8.

travail. Aussi la plupart des règles générales sont-elles communes aux deux contrats [2]. C'est ainsi que le contrat de louage exige la réunion des trois conditions que nous avons énumérées dans la vente, *res, pretium, consensus*.

1° La première condition du contrat est l'usage d'une chose ou de services déterminés à mettre à la disposition du *conductor*, moyennant un prix déterminé, *merces*, *pensio*, *pretium*, *manupretium* [3]. — 2° Le prix doit, comme dans la vente, être sérieux et certain [4], et consister en une somme d'argent déterminée [5]. Quand il s'agit d'une chose ou d'une opération donnant des fruits ou d'autres produits, le loyer peut aussi consister en une quantité de produits, soit que cette quantité soit déterminée d'une manière invariable [6], soit qu'elle consiste en une quote-part des produits. Dans ce dernier cas, le preneur s'appelle *partiarius* [7]. — 3° Dès qu'il y a consentement sur le prix et la chose, le contrat est parfait ; aucune formalité n'est requise [8]. Au cas que les parties ne seraient pas d'accord sur la quotité du loyer, il faut distinguer : si le prix du bailleur est plus élevé que celui du preneur, il n'y a pas de consentement et par conséquent pas de contrat ; dans le cas contraire, il y a consentement

[2] Gaius, III, 142. — Pr. I., *h. t.* — Fr. 2, pr. Fr. 28, § 2. Fr. 51, § 1, D., *eodem.* — Dans l'Introduction historique, n° 81, nous avons eu l'occasion de faire observer que, pour désigner l'opération de donner à ferme les terres de la République et les *vectigalia*, on se servait indifféremment des termes *locare* et *vendere*.

[3] Varron, *de lingua latina*, V, 178. VIII, 19 (IV, 29. VII, 7 in f. Gothofr. — p. 49. 108 Bipont.), fait dériver *merces* de *merere*.

[4] *A*) Sérieux : Fr. 20, § 1. Fr. 22, § 3. Fr. 23. 46, D., *h. t.* — Fr. 66, D. *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 52, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 10, § 2, D., *de adquir. possessione* 41, 2. Cf. Fr. 5. 24, § 5, D., *h. t. Voy.* aussi ci-dessus, § 209, note 30. *B*) Certain : Gaius, III, 142. 143. 144. — § 1, I., *de emt. et vend.* 3, 23. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 25, pr. D., *h. t.* — Fr. 22, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. La fixation du prix peut, comme dans la vente, être laissée à l'arbitrage d'un tiers. Fr. 25, pr. D., *cité*, et L. 15, C., *de contrah. emtione* 4, 38. Cf. ci-dessus, § 209, B. — Quand il y a plusieurs choses ou plusieurs travaux qui font l'objet du louage, le prix peut être déterminé, soit séparément pour chaque chose et chaque travail, soit en bloc, *per aversionem*. Fr. 30, § 3. Fr. 35, pr. Fr. 36. 51, § 1. Fr. 58, pr. D., *h. t.* — Fr. 1, § 15, D., *de exercitoria actione* 14, 1. — Fr. 10, § 2, D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2. Cf. ci-après, § 218, note 20.

[5] Théophile ad Pr. § 2, I., *h. t.* — Fr. 25, § 6. Fr. 51, pr. D., *h. t.* — Fr. 26, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 51, § 1. Fr. 58, § 2, D., *h. t.* — Fr. 1, § 9, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 1, § 4, D., *mandati* 17. — Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « ... Si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, *pecunia* data locatio erit, sicut superiore casu emtio ; si *res*, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio. » Cf. ci-après, § 243.

[6] Fr. 19, § 3, D., *h. t.* — L. 8. 18. 21, C., *eodem.*

[7] Cette dénomination et cette opération se rencontrent dans le bail à ferme, comme dans la *locatio conductio operis*. *Voy.* ci-après, § 216, notes 5, A. 29. 39, et § 218, note 20.

[8] Tit. I., *de obl. quæ consensu contrahuntur* 3, 22. — Pr. I., *h. t.* — Fr. 1, D., *eodem.* — L. 24, C., *eodem.* — Mais *voy.* la L. 17, C., *de fide instrumentorum* 4, 21, et ci-dessus, § 200, notes 9-11 et § 208, notes 8-10.

pour la somme moins élevée, parce que le plus contient le moins [9].

Le contrat de louage est essentiellement synallagmatique : les deux parties ont l'une envers l'autre des obligations distinctes, mais réciproques. Chacune d'elles aura donc une action directe pour faire valoir ses droits : celle du *locator* s'appelle *actio locati;* celle du *conductor*, *actio conducti.*

On distingue deux espèces de louage, selon que le *locator* est tenu de procurer l'usage d'une chose, *locatio conductio rerum*, ou de fournir des services, *locatio conductio operarum.*

§ 216. *Du louage des choses.* Locatio conductio rerum. — *Notion et effets.*

On peut louer toute chose mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, pourvu que l'usage en soit physiquement et légalement possible. Ainsi, on peut donner en location un droit d'usufruit ou d'emphytéose, mais non un droit de servitude prédiale sans le fonds auquel il appartient [1]. La chose d'autrui peut également être l'objet d'un contrat de louage [2]; nous pouvons même prendre en location une chose dont nous sommes propriétaire [3]. Comme le but du louage est de faire jouir le locataire de la chose, à charge de la restituer en nature, il va de soi que les choses qui se consomment par l'usage ne peuvent, en général, être louées [4].

Les cas les plus importants de location sont le bail à loyer d'une maison ou de toute autre espèce d'habitation, et le bail à ferme de biens ruraux, *prædia rustica.* Dans ce dernier, le preneur porte le nom de *colonus;* dans le bail à loyer il s'appelle habituellement *inquilinus* ou *habitator* [5].

[9] Fr. 52, D., *h. t.* « Si X tibi locem fundum, tu autem existimes V te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi. » *Voy.* ci-dessus, § 208, note 8.

[1] *Vaticana fragmenta* 41. — § 1, I., *de usu et habitatione* 2, 5. — Fr. 38, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 29, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 66, D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 10. 13, C., *de usufructu* 3, 33. — Fr. 44, D., *h. t.* « Locare servitutem nemo potest. »

[2] Fr. 9, § 6. Fr. 10. Fr. 35, pr. in f. D., *h. t.* — Fr. 55, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — L. 6, C., *h. t.* — *Voy.* aussi ci-dessus, § 199, Observation, et § 209, note 21.

[3] Fr. 29, pr. D., *quibus modis ususfructus amittatur* 7, 4. — Fr. 35, § 1. Fr. 37, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 35, § 1, D., *h. t.* — Fr. 28. 37, D., *de adquir poss.* 41, 2. — Ceci paraît au premier abord contraire à la règle exprimée dans les Fr. 15, D., *depositi* 16, 3 et Fr. 45, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest. » Cf. L. 20, C., *h. t.* Mais il est évident que ce principe est une règle générale qui souffre exception dans le louage et dans d'autres contrats analogues, quand, pour des causes légales, le propriétaire n'a pas l'usage de la chose. *Voy.* aussi ci-dessus, § 209, note 22, et ci-après, § 236, note 5 et § 237, note 5.

[4] Arg. Fr. 3, § 6, D., *commodati* 13, 6, et ci-après, § 236, n° 3.

[5] *A*) Colonus, de *colere,* fermier; colonus partiarius, quand le prix de ferme consiste en une quote-part des fruits produits par la culture. Caton, *de re rustica,* 136. 137. D'après c. 136, la

A) Le bailleur, *locator*, est tenu 1° de procurer au locataire l'usage de la chose louée avec les accessoires[6]. Le locataire peut exiger que la chose lui soit remise, sans que cependant de cette remise on puisse inférer aucun droit réel, pas même la possession [7]. — 2° Le bailleur est obligé de garantir au *conductor* la jouissance de la chose louée, *ut conductori frui liceat* [8]. A cet effet, il doit entretenir la chose en bon état et faire les réparations nécessaires [9]. Pour la même cause, il est responsable des vices et des défauts de la chose qui en empêcheraient l'usage [10]. Sous ce rapport, il y a à distinguer. Si le bailleur avait connaissance des causes qui empêchent l'usage de la chose, ou qu'il eût dû les connaître, il répond de tous dommages et intérêts [11]; mais, s'il n'y a aucune faute de sa part, il subit seulement une diminution proportionnée du loyer, diminution qui peut, selon les circonstances, aller jusqu'à la privation complète [12]. Il est également tenu de la garantie en cas d'éviction [13]; cependant, s'il est de bonne foi, il peut forcer le locataire à continuer le contrat, en remplaçant la chose évincée par une autre chose propre à tenir lieu de cette dernière [14]. Enfin, dans tous les cas où le locataire est empêché de jouir comme il a le droit de s'y attendre d'après le contrat, il y a lieu de faire

part du colon partiaire variait, suivant la qualité des terres, de 1/9 à 1/5. — PLINE, *epist.*, IX, 37. — Fr. 25, § 6, D., *h. t.*, ci-après, note 29. — L. 8, C., *de pactis* 2, 3, ci-après, note 39. Il ne faut pas confondre nos colons-fermiers avec les *coloni* qui, vers la fin de l'empire, forment une classe particulière de personnes intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves. *Voy.* t. I, n° 212. *B*) INQUILINUS, HABITATOR, locataire d'une maison d'habitation, aussi INSULARIUS (Fr. 27, pr. D., *h. t.* — Fr. 4, D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15). Nous trouvons aussi *cœnacularius*, locataire d'un appartement (Fr. 11, § 5, D., *de pignoraticia actione* 13, 7); *horrearius*, le locataire d'un grenier, magasin. Fr. 60, § 9, D., *h. t.* — La ferme des impôts et des revenus publics, entreprise par les *publicani, mancipes, redemtores*, forme la transition de la *locatio rerum* à la *locatio operis*. *Voy.* ci-après, § 218, note 9, et ci-dessus, t. 1, n°s 80. 81.

[6] Fr. 15, § 1, 8. Fr. 19, § 2. Fr. 28, § 2, D., *h. t.*

[7] Fr. 25, § 1, D., *de adquir. poss.* 41, 2. — Fr. 6, § 2, D., *de precario* 43, 26.

[8] Fr. 9, pr. D., *h. t.* « Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus *sine dolo malo culpaque eius* : Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit UT EI PRÆSTETUR FRUI QUOD CONDUXIT LICERE. » — Fr. 33, pr. D., *eodem.* « ... Teneri te actione ex conducto, UT MIHI FRUI LICEAT, *quamvis* per te non stet, quominus id præstes. » — Fr. 15, pr. § 1. 2. 8. Fr. 24, § 4. Fr. 25, § 12. Fr. 60, pr. D., *eodem.*

[9] Fr. 15, § 1. Fr. 19, § 2. Fr. 25, § 2 in f. D., *h. t.* — Fr. 13, § 6, D., *de damno infecto* 39, 2. — Le bailleur demeure également tenu des contributions et autres charges dont la chose est frappée, y compris celle des logements militaires. Fr. 32, § 6, D., *de administr. tutorum* 26, 7. — Fr. 1, § 3, D., *de via publica*, ci-après, note 16. — Fr. 7, pr. D., *de publicanis* 39, 4. — Fr. 3, § 13. 14, D., *de muneribus* 50, 4. — Fr. 11, D., *de vacatione munerum* 50, 5.

[10] C'est pourquoi le locataire n'a pas besoin des actions édilitiennes. *Voy.* ci-dessus, § 213, note 62, et Fr. 6, § 4 in f. D., *emti* 19, 1. — Fr. 19, § 1, D., *h. t.*, ci-dessus, § 175, note 9. — Cf. Fr. 45, § 1, D., *h. t.*

[11] Fr. 19, § 1, D., *h. t. Voy.* ci-dessus, § 175, note 9. — Fr. 33. 34, D., *eodem.* — L. 28, C., *eodem.*

[12] Fr. 30, pr. Fr. 35, pr. D., *h. t.*

[13] Fr. 7. 8. 9, pr. Fr. 15, § 8, D., *h. t.*

[14] Fr. 9, pr. Fr. 60, pr. D., *h. t.*

subir au loyer une diminution proportionnée à l'étendue de l'atteinte portée à la jouissance, alors même que l'empêchement proviendrait d'une cause entièrement étrangère au bailleur [15]. — 3° Il doit rembourser les impenses nécessaires que le locataire a faites sur la chose, ainsi que les impenses utiles, à moins que l'un ou l'autre ne préfère qu'elles soient enlevées [16]. —4° Dans l'exécution de ces obligations, il est tenu de toute faute [17], mais il ne répond pas du cas fortuit. Si donc la chose louée périt ou si l'usage en devient impossible par force majeure, il est déchargé de toute obligation et ne peut être contraint de fournir une autre chose ou de payer des dommages et intérêts [18]. Mais, par contre aussi, le locataire se trouvera, dans ces cas, déchargé de ses obligations [19] : il ne doit le loyer qu'en proportion de l'étendue et de la durée de la jouissance qu'il a eue [20].

B) Quant au locataire, il doit 1° exactement payer le loyer convenu [21]. Le payement du loyer se fait en proportion de la jouissance. Il s'ensuit que le locataire qui, par force majeure, a été privé de l'usage de la chose, soit en entier, soit en partie, peut exiger une diminution du loyer, proportionnée au temps que la privation a duré [22]. C'est en vertu du même principe que le fermier qui se trouve par accident dans l'impossibilité de

[15] *Voy.* des applications de ce principe, ci-après, aux notes 21-29.

[16] Fr. 55, § 1. Fr. 61, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 19, § 4, D., *eodem,* et t. I, § 127, note 4. – Arg. Fr. 1, § 3, D., *de via publica* 43, 10. « Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam domum, et aquæductus purget, qui sub dio sunt, id est cœlo libero; et construat ita, ut non prohibeatur vehiculum transire. Quicumque autem mercede habitant, si non construat dominus, ipsi construentes computent dispendium in mercedem. »

[17] § 5, I., *h. t.* – Fr. 24, § 7, D., *eodem.* – Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. – Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 25, C., *h. t.* – Cf. Fr. 55, pr. Fr. 60, § 6, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, § 173, note 13.

[18] Fr. 9, § 1. 4. Fr. 30, D., *h. t.*

[19] Ceci paraît, au premier abord, contraire à la règle d'après laquelle *periculum creditoris est,* ou tout au moins contraire aux applications que nous avons faites de cette règle aux divers contrats synallagmatiques et particulièrement au contrat de vente. *Voy.* ci-dessus, § 177, notes 4. 5; § 210, note 8; § 211, note 4. Il n'en est pourtant rien. Si, dans le louage des choses, le bailleur souffre de fait un préjudice de la perte ou des détériorations fortuites de la chose louée, c'est uniquement par la raison qu'il est tenu de garantir au locataire *ut frui liceat,* tout comme le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur *ut rem habere liceat.* Encore la garantie du vendeur est-elle plus onéreuse, puisqu'elle peut entraîner des dommages et intérêts supérieurs au prix de vente, tandis que le bailleur n'est jamais privé au delà du loyer.

[20] *Voy.* ci-après, notes 22 et suivantes.

[21] En général et à défaut de conventions ou d'usages locaux contraires, le loyer n'est dû qu'après la jouissance. Arg. Fr. 24, § 2. Fr. 55, § 2, D., *h. t.* Les Romains paraissent avoir eu l'habitude de payer le prix de ferme des biens ruraux annuellement et le loyer des maisons par semestre. Fr. 1, § 4, D., *de migrando* 43, 32, et Théophile ad § 3, I., *h. t.* — En cas de demeure, le locataire doit les intérêts moratoires. Fr. 54, pr. D., *h. t.* – Fr. 17, § 4, D., *de usuris* 22, 1. – L. 17, C., *h. t.*

[22] Fr. 19, § 6, D., *h. t.* « Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum. » – Fr. 9, § 1. 4. Fr. 15, § 2. 3. 7. Fr. 25, § 2. Fr. 27, pr. Fr. 28, § 2. Fr. 30, pr. § 1. Fr. 33 in f. Fr. 60, pr. D., *h. t.*

faire une récolte complète, a droit à une remise du prix de ferme, proportionnée à la perte qu'il éprouve [23]. Pour qu'il puisse se prévaloir de ce droit, il faut que la perte soit considérable [24], qu'elle provienne d'un accident extraordinaire auquel le fermier ne devait point s'attendre [25], et qu'elle soit survenue avant qu'il ait perçu les fruits [26]. Au reste, la perte ne s'évalue pas pour une année séparément, mais pour toute la durée du bail, de manière que l'excédant des bonnes années serve à compenser les pertes des mauvaises [27]. Il va sans dire que le fermier n'a point le droit de demander cette remise, si c'est par sa faute que la récolte a manqué [28]. Il est également naturel qu'il n'en soit pas question à l'égard du *colonus partiarius* [29], et que, dans tous les cas, le fermier ordinaire puisse y renoncer d'avance [30]. — 2° Le locataire doit se servir de la chose de la manière convenue ou convenable [31]. A cet égard, il est à remarquer que, sauf convention contraire, il a le droit de sous-louer la chose, c'est-à-dire de la donner en location à un autre, soit en tout, soit en partie [32]. — 3° A la fin du bail, le locataire est tenu de restituer la chose dans l'état

[23] Fr. 15, § 2-7, D., *h. t.* Il résulte du § 2 *cité*, que le fermier ne peut comprendre, dans la somme qu'il veut déduire, la valeur des semences qu'il a employées. L. 8, C., *h. t.* – Cf. L. 12, C., *eodem.*

[24] Fr. 25, § 6, D., *h. t.* « Vis maior quam Græci θεοῦ βίαν, id est, vim divinam appellant non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, læsi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit : alioquin partiarius colonus, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. »

[25] Fr. 15, § 2, D., *hoc titulo.*

[26] En effet, dès que le preneur a perçu les fruits, le bailleur se trouve avoir rempli l'obligation de procurer la jouissance de la chose.

[27] Fr. 15, § 4, D., *hoc titulo.* – L. 8, C., *eodem.*

[28] Fr. 15, § 2. 3. Fr. 25, § 6, D., *h. t.* — Si c'est par la faute du bailleur, le locataire n'est pas réduit à réclamer une remise : il peut demander des dommages et intérêts dans toute leur étendue. *Voy.* ci-dessus, note 17.

[29] Fr. 25, § 6, D., *h. t.*, ci-dessus, note 24.

[30] Arg. L. 8, C., *hoc titulo.*

[31] § 5, I., *h. t.* – Fr. 11, § 1. 2. 4. Fr. 25, § 3. 4, D., *h. t.* — Il est à remarquer 1° que, selon les circonstances, le non-usage de la chose peut être imputé à faute au *conductor* (Fr. 24, § 2, D., *h. t.*); 2° que l'usage illicite que le preneur se permet dans une intention frauduleuse peut avoir le caractère d'un vol, *furtum usus.* Gaius, III, 195-197. – § 6. 7, I., *de obl. ex delicto* 4, 1, et ci-après, § 269, note 14.

[32] Fr. 7. 8. 24, § 1. Fr. 30, pr. Fr. 58, pr. Fr. 60, pr. D , *h. t.* – L. 6, C., *eodem.* — Il va sans dire que pareille sous-location n'établit aucun lien obligatoire entre le sous-locataire et le bailleur originaire; car *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest. Voy.* cependant Fr. 11, § 5, D., *de pignoraticia act.* 13, 7. « ... Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori diu pensionem solvero,... Iulianus scribit, solvi ei posse... Plane in eam dumtaxat summam invecta et illata (locatori tuo) tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi... » – Fr. 24, § 1, D., *h. t.* « Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent si primus colonus eos percepisset. » Cf. Fr. 53, D., *eodem.*–Fr. 5, pr. D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2; Fr. 1, § 5, D., *de migrando* 43, 32, et ci-dessus, t. I, § 158, A.

où il l'a reçue, sauf ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure [33]. Il n'en peut refuser la restitution [34], pas même en soutenant que depuis la conclusion du contrat, il en aurait acquis la propriété [35]. — 4° Dans l'exécution de ses obligations, le locataire est tenu de toute faute [36]. Il ne répond pas du cas fortuit, à moins que l'événement fortuit n'ait été occasionné par son dol ou par sa faute, *casus dolo vel culpa determinatus* [37]. Il subit encore la perte fortuite lorsque les choses louées lui ont été remises avec estimation, notamment quand le bailleur d'un fonds a abandonné au fermier les objets qui s'y trouvent pour le service et l'exploitation du fonds, *instrumentum fundi* [38]. Le cas le plus fréquent d'un pareil bail est celui que l'on désigne aujourd'hui par le nom de *cheptel de fer*, et dans lequel le bailleur d'un bien rural abandonne au fermier un fonds de bétail à la charge qu'à l'expiration du bail le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale à l'estimation de ceux qu'il a reçus [39]. —

[33] § 5, I., *h. t.* — Fr. 11, pr. § 1. 2. 4. Fr. 12. 25, § 3, D., *h. t.* — Fr. 30, § 4, D., *eodem.* « .... ut incorruptam redderet (villam) præter *vim* et *vetustatem.* » Cf. Fr. 15, § 2, D., *eodem.* — L. 28. 29, C., *eodem.* — Le locataire a le droit d'enlever les constructions qu'il a faites, naturellement à charge de *reddere pristinam faciem.* Fr. 19, § 4, D., *h. t.* Cf. t. I, § 127, note 4.

[34] Le refus arbitraire de restituer expose le locataire aux peines dont la loi frappe celui qui s'est emparé violemment d'une chose qui ne lui appartient pas. *Voy.* t. I, § 40, note 4, ainsi que les L. 10, C., *unde vi* 8, 4, et L. 34, C., *h. t.* « Conductores alienarum rerum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, *non solum rem locatam, sed etiam æstimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienæ possessionis præbere compellantur.* »

[35] L. 25, C., *h. t.* « Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. » Cf. ci-après, § 239, notes 7-9. — On ne peut pourtant lui refuser le *ius retentionis* du chef des impenses dont il a le droit d'exiger le remboursement. Fr. 55, § 1, D., *h. t.*, combiné avec Fr. 12, in f. D., *de vi* 43, 16, et Fr. 15, § 2. Fr. 59, D., *de furtis* 47, 2.

[36] § 5, I., *h. t.* — Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 24, § 7, D., *h. t.* — Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 28, C., *h. t.* — Paul, III, 18, 12. — Fr. 11. 12. 13, § 3. Fr. 19, § 2. Fr. 25, § 3. 5. Fr. 30, § 2. Fr. 43, § 7, D., *h. t.* — L. 29, C., *eodem.* Le locataire est naturellement tenu de *custodia* et c'est particulièrement à propos du louage que nos sources mentionnent les deux manifestations suivantes de la *custodia*, savoir : 1° d'empêcher qu'il y ait perte ou usurpation d'un droit au préjudice du bailleur « prospicere debet conductor ne aliquo vel *ius rei* vel corpu sdeterius faciat vel fieri patiatur. » Fr. 11, § 2, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, t. I, § 127, note 3; 2° que dans le doute l'incendie est présumé provenir de la faute du locataire. Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 15, § 3, D., *eodem.* — Fr. 11, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 27, § 9, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 3, § 1, D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15. — Cf. ci-dessus, § 172, notes 18-20 et § 173, note 13.

[37] Fr. 11, § 1. 4. Fr. 12. 13, § 3. Fr. 15, § 3, D., *hoc titulo.*

[38] Fr. 3, D., *h. t.* « Cum fundus locetur et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicut fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur. » — Fr. 54, § 2, D., *eodem.* « ..... Servus qui æstimatus colonæ adscriptus est, ad periculum colonæ pertinebit; et ideo æstimationem huius defuncti ab herede colonæ præstari oportere. » *Voy.* ci-dessus, § 173, note 25.

[39] Code Napoléon, art. 1821-1830. (Les articles 1827-1830 traitent du cheptel donné au colon partiaire.) Cette institution, dont les Romains ne parlent guère, a reçu un grand développement

5° Il va de soi que plusieurs locataires peuvent s'obliger solidairement, mais la corréalité n'a pas lieu de plein droit [40].

Il nous reste à mentionner, d'une part, que la loi accorde au bailleur d'un *prædium rusticum* une hypothèque sur les fruits du fonds, et au bailleur d'un *prædium urbanum* une hypothèque sur les choses que le locataire a apportées pour s'en servir d'après le but de la location, *invecta et illata*, lesquels droits s'établissent tacitement et sans que les parties aient besoin d'en convenir [41]; d'autre part, que le locataire d'un bâtiment qui, ayant satisfait à toutes ses obligations, est empêché par le bailleur de déménager avec ses effets, peut invoquer la protection du magistrat au moyen de l'*interdictum de migrando* [42].

§ 217. *Comment le louage des choses prend fin, et de la réconduction.*

1° La perte fortuite de la chose louée met fin au louage [1]. — 2° S'il n'y a pas de temps fixé, chaque partie peut renoncer quand elle veut [2]. — 3° Le bailleur peut demander la résiliation du bail, si le locataire ne paye pas le loyer pendant deux ans, ou s'il abuse de la chose de manière qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, ce qui peut se faire également par non-usage [3]. La résiliation du bail à loyer peut, de plus, être demandée par le bailleur, s'il a besoin lui-même de la maison louée pour s'y loger, s'il y doit faire des réparations indispensables ou si le locataire

dans les temps modernes. Les commentateurs lui donnent ordinairement le nom de *contractus socidæ* *, bien que ce nom serve plus spécialement à désigner l'espèce que le Code civil appelle *cheptel simple* et *cheptel à moitié*, et dont nous trouvons un exemple dans la L. 8, C., *de pactis* 2, 3. « Si pascenda pecora partiaria, id est, ut fœtus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur : fidem pacto præstare per iudicem compelletur. » Cette opération est des plus complexes. Elle tient à la fois de la *locatio rerum*, de la *locatio operis* et *operarum* et du contrat de société. Cf. ci-après, § 218, note 9; Fr. 52, § 2. 3, D., *pro socio* 17, 2, et ci-après, § 225, n° 2; § 226, note 11.

[40] *A*) Fr. 13, § 9. Fr. 47, D., *h. t.* — Fr. 9, pr. D., *de duobus reis*, ci-dessus, § 186, note 9.— L. 13, C., *h. t.* — *B*) C'est à tort qu'on invoque pour la corréalité légale le Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. Cf. ci-après, § 237, A, 3.

[41] Fr. 4, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 22, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 2. 3. 4. 6. 7, D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2. — Cf. Fr. 34, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 1, § 5, D., *de migrando* 43, 32.

[42] Tit. D., *de migrando* 43, 32. « Prætor ait. « ... QUOMINUS EI INDE ABDUCERE LICEAT, VIM FIERI VETO. » — D'après le texte de l'Édit, il paraît qu'à l'égard des choses qui ne sont pas frappées d'hypothèque légale ou conventionnelle, l'interdit compétait même au locataire qui n'avait pas payé le loyer; cependant le Fr. 1, § 1, D., *eodem*, dit : « Hoc interdictum proponitur inquilino qui *soluta pensione* vult migrare... Colono non competit. »

[1] Fr. 9, § 1, 4. Fr. 19, § 6, D., *h. t.* — Cf. Fr. 33, D., *eodem*.

[2] La L. 10, C., *h. t.*, oppose le bail sans fixation de durée sous le nom de *perpetua conductio* à la *conductio temporalis*, tandis que dans d'autres lois du Code, *perpetuo iure locare* se dit du bail emphytéotique. Tome I, § 146.

[3] Fr. 54, § 1. Fr. 56, D., *h. t.* — L. 3, C., *eodem*. — *Nov.* 120, c. 1. 8. — Cf. Fr. 10, § 1, D., *de publicanis* 39, 4.

détériore la maison [4]. — 4° Le locataire peut demander la résiliation du contrat si, par la faute du bailleur, il subit un retard ou une interruption considérable dans sa jouissance [5], si la chose, même sans faute de la part du bailleur, devient impropre à l'usage auquel elle était destinée [6], ou s'il a lieu de craindre un danger personnel en continuant de s'en servir [7]. — 5° Le louage finit par l'expiration du terme pour lequel le contrat a été conclu [8]. Rien n'empêche cependant les parties de le renouveler [9], soit par une convention expresse, soit tacitement, ce qui a lieu si le locataire continue de jouir sans opposition du bailleur [10]. Dans l'une comme dans l'autre de ces deux hypothèses, il y a bail nouveau [11]; mais la réconduction tacite est naturellement soumise aux mêmes conditions que le bail originaire [12], sauf en ce qui concerne la durée à l'égard de laquelle le consentement des parties ne s'est point manifesté. Il s'ensuit que, comme dans le bail sans fixation de durée, chaque partie peut y renoncer quand elle veut, excepté quand il s'agit de biens ruraux, pour lesquels la durée de la réconduction tacite est toujours d'un an [13]. — 6° Le contrat se trouve naturelle-

[4] L. 3, C., *h. t.* « Æde quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominum eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es. » Cf. Fr. 30, pr. Fr. 35, pr. D., *eodem.*

[5] Fr. 24, § 4. Fr. 60, pr. D., *h. t.*

[6] Fr. 25, § 2, D., *h. t.* « Si, vicino ædificante, obscurentur lumina cœnaculi, teneri locatorem inquilino. Certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligimus si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat. » Cf. Fr. 27, pr. D., *eodem.*

[7] Fr. 13, § 7. Fr. 27, § 1, D., *h. t.* – Fr. 28. Fr. 33, *verbis* In eadem causa D., *de damno infecto* 39, 3.

[8] La durée ordinaire des baux à ferme était de cinq ans chez les Romains. Fr. 9, § 1. Fr. 13 § 11. Fr. 24, § 4, D., *h. t.* et *passim.* – Théophile *ad Inst.* III, 24, 6. – Le Fr. 24, § 2, D., *h. t.*, parle aussi du bail d'une maison contracté pour cinq ans. Cf. Bruns, *fontes iuris*, p. 138.

[9] Pour désigner le renouvellement du bail entre parties, les Romains se servent des termes *locationem renovare, ex integro locare, reconducere.* Fr. 13, § 11. Fr. 14, D., *h. t.* – L. 6, C., *eodem.* Le mot *relocare* se trouve également, mais dans un autre sens : donner en location à un autre qu'à celui avec lequel on avait d'abord contracté. Fr. 13, § 10. Fr. 51, pr. D., *h. t.*

[10] Fr. 13, § 11, D., *h. t.* – Fr. 14, D., *eodem.* « Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est. Intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare. Et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt : et ideo si interim dominus furere cœperit, vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut locatio redintegretur. Et est hoc verum. »

[11] Fr. 13, § 11, *verbis* Sed hoc ita. Fr. 14 in f. D., *h. t. Voy.* les notes 9 et 10.

[12] Fr. 13, § 11, D., *h. t.* « Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus erit necessarius .. » – Fr. 14, D., *eodem.* – L. 16, C., *eodem* 4, 65. « Legem quidem conductionis servari oportet, nec pensionum nomine amplius, quam convenit, reposci. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, et in eadem locatione conductor permanserit, tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur. »

[13] Fr. 13, § 11, D., *h. t.* « ... Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis *colonum*

ment anéanti si le locataire vient, pendant la durée du contrat, à acquérir soit la propriété de la chose louée, soit un droit réel qui implique la jouissance de la chose [14]. — 7° Enfin, il importe de se rappeler que la mort des parties ne met point fin au louage. Les obligations et droits qui en résultent passent aux héritiers tant du bailleur que du locataire [15]. Il n'en est point de même des successeurs à titre particulier, car le contrat ne crée qu'un droit d'obligation qui n'est point inhérent à la chose. Il s'ensuit que le tiers qui acquiert la chose à titre particulier, par exemple, à titre d'achat, de donation, de legs, est libre (à moins que le contraire n'ait été stipulé dans l'acte d'acquisition [16]) de faire valoir son droit de propriété comme il l'entend, sans être tenu de respecter le bail fait par son auteur; sauf naturellement, dans ce cas, le droit du locataire d'exiger du bailleur les dommages et intérêts qui peuvent être dus par suite de l'inexécution du contrat [17]. Par contre, le locataire n'est pas davantage tenu de reconnaître comme bailleur le nouvel acquéreur de la chose [18]; mais il va sans dire qu'il demeure obligé envers son bailleur originaire,

reconduxisse videri, ta accipiendum est, ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eamdem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni præstitutum... In *urbanis* autem prædiis alio iure utimur : *ut, prout quisque habitaverit, ita obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.* » La dernière phrase de ce texte doit être traduite : « A moins que les parties n'aient, dans le contrat originaire, déterminé d'avance le temps pour lequel la réconduction tacite éventuelle serait censée se faire. » D'autres interprètes traduisent : « A moins que les parties n'aient *par écrit* déterminé la durée de la location *originaire.* » Cette traduction a le mérite d'être littérale, mais elle donne un résultat qu'il serait difficile de rattacher à un principe juridique. C'est elle qui a servi de base à la division embarrassante du Code civil français en *bail écrit* et *bail verbal. Voy.* Code Napoléon, art. 1715. 1716. 1736 à 1738. 1758. 1759. 1774 à 1776.

[14] Fr. 9, § 6. Fr. 10, D., *h. t.* « Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de tempore præterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur? Et puto solvendum. 10. Et ego ex conducto recte agam, vel in hoc, *ut me liberes.* »

[15] § 6, I., *h. t.* — Fr. 19, § 8, D., *h. t.* « Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est. » — L. 10, C., *eodem.* — *Voy.* cependant Fr. 4, D., *h. t.* « Locatio, precariive rogatio ita facta, *quoad is qui eam locasset, dedissetve, vellet,* morte eius qui locavit tollitur.

[16] Fr. 25, § 1, D., *h. t.*, et L. 9, C., *eodem,* à la note suivante. Cf. Fr. 50, D., *de iure fisci* 49, 14.

[17] Fr. 25, § 1, D., *h. t.* « Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum, vel ædes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat : alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. » — Fr. 32, D., *eodem.* « Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit : Cassius negavit posse cogi colonum ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quod si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere... » — Fr. 59, § 1, D., *de usufructu,* ci-après, note 20. — Fr. 120, § 2, D., *de legatis I* (30). — L. 9, C., *h. t.* « Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conditione maneat, quamvis sine scripto, bonæ fidei iudicio ei, quod placuit, parere cogetur. »

[18] Fr. 32, D., *h. t.*, transcrit à la note précédente.

qui conserve tous ses droits tant qu'il satisfait à son obligation de procurer la jouissance au locataire [19]. Des effets analogues peuvent se produire si le bailleur vient à perdre d'une manière légale quelconque l'usage de la chose qu'il avait donnée en location [20].

§ 218. *Du louage de services.* Locatio conductio operarum. — *Notion et effets.*

D'après les idées romaines, toute espèce de travaux n'était point indifféremment susceptible d'être louée. On distinguait, sous ce rapport, *operæ illiberales* *, dont un homme peut se charger moyennant un salaire, et *operæ liberales*, qui ne peuvent être l'objet d'un louage [1]. Il est difficile de définir d'une manière précise cette distinction, qui est fondée dans les mœurs romaines [2] et qui finit par perdre beaucoup de son importance, même chez ce peuple. En effet, bien que le caractère distinctif des *operæ liberales* fût de ne pouvoir être payées en argent, on admit sous les Empereurs que les personnes exerçant des professions libérales peuvent recevoir un salaire [3]. Seulement ce salaire était d'habitude appelé *honora-*

[19] D'où la conséquence que dans le cas où le bailleur originaire a cédé l'*actio locati* à l'acquéreur, celui-ci poursuivra le payement du loyer contre le locataire, sans que ce dernier puisse se refuser à l'exécution du bail, en invoquant la vente faite par le bailleur. Fr. 58, pr. D., *h. t.* — Fr. 53, pr. § 2, D., *emti* 19, 1, et ci-dessus, § 190, note 15.

[20] Fr. 59, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. « Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet : pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere. » — Fr. 9, § 1, D., *h. t.* « Hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto Digestorum scripsit : Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui præstet : non magis quam insula exusta teneretur. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem præstet, Marcellus quærit : quemadmodum præstaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem ? Et magis admittit teneri eum, et est æquissimum. Idem quærit si sumtus fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus, an recipiat? Et ait, non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit. Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locavit, sed quasi fundi dominus? Videlicet tenebitur : decepit enim conductorem. Et ita Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit. »

[1] Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « ... Tale... factum, quod locari non possit... » Le terme *operæ liberales* se rencontre dans les anciens, ainsi que d'autres termes analogues, *liberalia studia, liberales artes vel disciplinæ.* Fr. 26, pr. D., *de operis libertorum* 38, 1. — Fr. 1, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. La locution *operæ illiberales* a été créée par les auteurs modernes. — Les personnes qui louent des services, *operas quæ locari possunt,* sont souvent qualifiées de *mercenarii.* Fr. 11, § 1, D., *de pœnis* 48, 19, et *passim.*

[2] Chez les Romains mêmes, les idées ont varié à cet égard. *Voy.* Cicéron, *de officiis,* I, 42, et Sénèque, *de beneficiis* VI, 11. 15. 16 17, combinés avec Ulpien, Fr. 1, D., *de extraordinariis cognitionibus,* transcrit à la note suivante.

[3] Fr. 1, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. « Præses provinciæ de mercedibus ius dicere solet, sed præceptoribus tantum studiorum liberalium..., quæ Græci ἐλευθέρια appellant : rhetores continebuntur, grammatici, geometræ. » Les §§ 1-8 de ce fragment ajoutent à ces catégories les médecins, y compris les dentistes, oculistes, etc., les sages-femmes, les *ludi litterarii magistri,* les *librarii,*

rium [4], et au lieu de l'*actio locati*, on accordait une *extraordinaria cognitio*, afin d'en poursuivre le payement [5].

Parmi les diverses espèces de louage de services, qui peuvent varier à l'infini, nous avons à distinguer particulièrement celles par devis ou marchés, ayant pour but la production d'un résultat déterminé, *opus;* de là *locatio conductio operis* [6]. Dans ces contrats, il semblerait naturel d'appeler *locator operarum* l'entrepreneur qui fournit les travaux, et *conductor*

notarii, calculatores sive tabularii et *ceterarum artium opifices sive artifices*, enfin les *comites*. Quant aux philosophes et aux professeurs de droit, les §§ 4 et 5 s'expriment de la manière suivante : « 4. An et philosophi professorum numero sint? Et non putem : non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere. 5. Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent (præsides). Est quidem res sanctissima civilis sapientia : sed quæ pretio numario non sit æstimanda, nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quædam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. » (*Voy.* cependant L. 6, C., *de professoribus* 10, 52, et PRAGMAT. SANCTIO *pro petitione Vigilii*, c. 22). Les §§ 10-13 traitent des avocats, dont nous parlerons, avec plus de détail, ci-après, § 220, nº 3.—A toutes ces professions libérales, il faut ajouter les arpenteurs, *mensores* ou *agrimensores*. Fr. 1, pr. D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6. « Non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi (Cf. SÉNÈQUE, *de benef.* VI, 15. 16. 17), et id quod datur, ei ad remunerandum dari : et inde *honorarium* appellari... » — Fr. 1, § 1, D., *eodem*. Cf. ci-après, note 4. — Faisons encore observer que le travail d'un peintre était considéré comme pouvant former l'objet d'un louage. « Factum, quod locari solet, puta *ut tabulam pingas*... » Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

[4] HONOR, HONORARIUM. Fr. 1, pr. D., *si mensor* 11, 6, à la note précédente. — Fr. 38, D., *h. t.* — Fr. 1, § 5. 10, D., *de extraord. cognit.* 50, 13 et *passim*. Souvent cependant nous rencontrons, même dans ces hypothèses, le mot *merces*. Fr. 1, § 1, D., *si mensor* 11, 6. — Fr. 1, pr. § 13, D., *de extraord. cognit.* 50, 13 et *passim*. — SALARIUM, originairement la paye que recevait le soldat pour se fournir de sel; plus tard, toute gratification accordée, soit à titre gratuit, soit à titre d'indemnité, de récompense, de rémunération. PLINE, *H. N.*, XXXI, 7 (41). XXXIV, 3 (6). — SUÉTONE, *Tibère*, 46. — TACITE, *Agricola*, 42. — VOPISCUS, *Aurélien*, 9. « Vini mensalis sextarios quadraginta, ... salis sextarium unum. » — Fr. 8, § 23, D., *de transactionibus* 2, 15. — Fr. 52, § 8, D., *pro socio* 17, 2. — *Voy.* encore ci-après, § 220, nº 3.

[5] L'opération tout entière était, dans ce cas, considérée comme un mandat plutôt que comme un louage (ci-après, § 220, nº 3), et le juge avait le pouvoir d'apprécier et de modérer les honoraires réclamés. Fr. 1, § 10, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. — Fr. 3, D., *de proxeneticis* 50, 14. Cf. Fr. 7, D., *mandati* 17, 1. — Quand les honoraires étaient payés d'avance, la convention prenait le caractère d'un contrat innommé, *do ut facias*. Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. Cf. ci-après, § 243.

[6] Nous trouvons depuis les temps les plus reculés (DENYS D'HAL., VI, 96. — TITE-LIVE, V, 23) des locations de ce genre les plus variées, conclues au nom de la République par les censeurs et les questeurs (*voy.* t. I, nº 80). Une inscription nous a conservé le marché, conclu en 649 de Rome par la ville de Puteoli pour la construction d'un mur, LEX PARIETI FACIUNDO PUTEOLI. *Voy.* BRUNS, *fontes iuris*, p. 139. CATON, *de re rust.*, c. 14. 16. 144. 145, nous donne des formules de marchés pour faire de la chaux, pour opérer la récolte d'olives, pour faire de l'huile. Enfin les passages suivants du Digeste mentionnent des marchés pour la construction de maisons ou d'autres édifices (Fr. 22, § 2. Fr. 30, § 3. Fr. 59. 60, § 3, D., *h. t.*—Fr. 38, § 21, D., *de verb. obl.* 45, 1); pour des transports par terre ou par eau de personnes ou de marchandises (Fr. 5, pr. D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 11, § 3. Fr. 13, § 1, 2. Fr. 19, § 7. Fr. 25, § 7, D., *h. t.*); pour le nettoyage d'étoffes, *vestimenta fulloni polienda* (Fr. 13, § 6. Fr. 25, § 8. Fr. 60, § 2, D., *h. t.*) et pour diverses autres entreprises. Fr. 12, § 6, D., *de usu* 7, 8. « Lana expedienda... vestimenta

operarum le maître qui paye les travaux fournis par l'entrepreneur. Cependant, ces dénominations ne sont point usitées dans notre matière[7]. Se plaçant au point de vue de l'entreprise considérée dans son ensemble, les Romains donnent au maître la qualification de *locator operis* parce qu'il met l'ouvrage à la disposition de l'autre contractant et lui abandonne l'entreprise[8], tandis qu'ils appliquent à ce dernier le nom de *conductor* ou *redemtor operis,* parce qu'ils le considèrent comme preneur de l'entreprise[9], dont il a, au reste, le pouvoir de disposer, en concédant le travail (en tout ou en partie) à un autre et en devenant ainsi, à son tour, *locator operis*, tout en conservant naturellement sa qualité originaire vis-à-vis du maître qui lui avait confié l'entreprise[10].

Pour déterminer les effets du louage de services, il suffit de combiner les principes généraux avec la nature particulière du contrat. Celui qui s'est engagé à fournir les services doit faire les travaux de la manière et dans le temps convenus. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'il fasse faire les travaux par un autre, à moins que l'intention contraire des parties ne résulte d'une convention expresse ou des circonstances[11]. Dans l'exécution de ses obligations, il est responsable de toute faute, mais non pas du cas fortuit[12]. Ainsi, la matière fournie par le maître pour l'exécution d'un travail est, en général, aux risques et périls de ce dernier, et l'ouvrier n'en supporte point la perte fortuite[13]. De même si, par un événement de force majeure, l'exécution du contrat devient impossible, l'ouvrier

texenda... insula vel navis fabricanda. » — Fr. 13, § 3. 5, D., *h. t.* « 3. Servum docendum. 5. Gemma includenda vel insculpenda. » — Fr. 13, § 10. Fr. 24, pr. Fr. 36. 37. 51, § 1. Fr. 58, § 1, D., *eodem.* — Fr. 77, D., *pro socio* 17, 2.

[7] Mais bien dans la simple *locatio conductio operarum.* Fr. 19, § 1. Fr. 38, D., *h. t.* — Fr. 11, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. — L. 22, C., *h. t.*

[8] *Voy.* ci-dessus, § 215, note 1.

[9] *Voy.* les textes cités ci-dessus, note 6. La double location qui se rencontre dans l'opération est reconnue dans un langage équivoque par PAUL, Fr. 22, § 2, D., *h. t.* « Cum insulam ædificandam LOCO, *ut sua impensa conductor omnia faciat,* proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen LOCATIO est : LOCAT enim *artifex* (cet *artifex* est le même qui tantôt était appelé *conductor*) OPERAM SUAM, id est, faciendi necessitatem. » — Cette terminologie des Romains s'explique plus facilement, quand on tient compte de la ferme des *vectigalia,* qui, au point de vue pratique, était, tout comme le marché d'un édifice à construire, une entreprise pour le preneur qui, cependant, ne pouvait recevoir d'autre nom que celui de *conductor* ou de *redemtor.* Ajoutons que, dans les *locationes operis,* l'entrepreneur ne fournit souvent lui-même aucun travail, se bornant à commander et à diriger les travaux d'autres personnes qui sont les *locatores operarum.* Cf. aussi ci-dessus, § 216, note 39.

[10] Fr. 48, pr. D., *hoc titulo.*

[11] Fr. 12, § 6, D., *de usu* 7, 8.—Fr. 13, § 1. Fr. 48, pr. D., *h. t.*—Fr. 31, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. Fr. 26, § 12, D., *de condict. indebiti* 12, 6, et ci-après, § 219, note 4.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 13, et § 15, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 9, § 5. Fr. 13, pr. § 1-8. Fr. 25, § 7. 8. Fr. 36. 37. 55, pr. Fr. 60, § 6. 7. 9, D., *h. t.* — L. 1. 4. 28, C., *eodem.*

[13] Fr. 13, § 1. 5. Fr. 25, § 7. 8. Fr. 33, *verbis* Quemadmodum inquit. Fr. 59. 62, D., *h. t.* — Cf. Fr. 27, § 29 in f. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et ci-après, § 271, OBSERVATION.

n'est naturellement tenu d'aucuns dommages et intérêts [14], et il n'en conserve pas moins le droit d'exiger le prix convenu [15]. Bien qu'en théorie, il soit hors de doute que le *periculum* est pour le maître, l'application de ce principe à la *locatio operis* ne laisse pas que de présenter des difficultés de fait. C'est pour les aplanir que la loi a établi les présomptions suivantes : Si l'ouvrage périt avant que le maître l'ait reçu et approuvé [16], il est présumé avoir péri par la faute de l'entrepreneur, lequel, par conséquent, est responsable du dommage et ne peut pas même demander le payement des matériaux qu'il aurait fournis [17]. Par contre, l'ouvrage qui périt après avoir été reçu et approuvé par le maître est présumé avoir péri par cas fortuit [18]. Dans l'un et l'autre de ces cas, cependant, la preuve

[14] Fr. 13, § 1. 5, D., et *a fortiori* les décisions citées à la note suivante.

[15] Cette proposition est vivement controversée et il est certes permis de la discuter au point de vue de l'équité; mais il nous paraît bien difficile de ne pas l'admettre dans le droit romain, en présence des décisions suivantes : Fr. 33, *verbo* Quemadmodum D., *h. t.* — Fr. 19, § 9. 10. D., *eodem*. « Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in hæc verba : *Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilæ solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri æquum est.* 10. Papinianus quoque... scripsit, diem functo legato Cæsaris salarium comitibus residui temporis præstandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint. » — Fr. 38, D., *eodem*. « Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas præstet. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit quominus causam agant, honoraria reddere non debent. » — Fr. 1, § 13, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. « Divus Severus ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. » Cf. Fr. 15, pr. D., *de operis libertorum* 38, 1, et Fr. 27, § 29, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Une décision contraire semble être consacrée par le Fr. 15, § 6, D., *h. t.* « Item cum quidam nave amissa vecturam quam pro mutua acceperat repeteretur (*al.* repeteret), rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Cæsaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit : quod in omnibus personis similiter observandum est. » Mais il est évident qu'il s'y agit d'un cas tout à fait particulier. Dans l'espèce décidée, le voiturier avait reçu d'avance à titre de prêt, *pro mutua*, une somme d'argent qu'il avait la faculté de rembourser en effectuant certain transport. Le transport était donc, non pas *in obligatione*, mais *in facultate solutionis*. Cf. ci-dessus, § 191, note 28. D'ailleurs, la perte du navire ne constitue point, en thèse générale, une impossibilité absolue d'exécuter le transport convenu.

[16] Il n'est point permis au maître de refuser sans motif l'approbation de l'ouvrage, il doit user de l'*arbitrium boni viri*. Fr. 24, pr. D., *h. t.* — Fr. 77, D., *pro socio* 17, 2. — Cf. ci-dessus, § 199, note 9, B.

[17] Fr. 36, D., *hoc titulo* « Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est. Quod vero ita conductum sit, *ut in pedes mensurasve præstetur*, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit : non enim amplius præstari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. » — Fr. 37. 62, D., *eodem*.

[18] Fr. 36, D., *cité*. — Fr. 24, pr. D., *eodem*. — La confection d'un *opus* est de sa nature une prestation indivisible (ci-dessus, § 192, note 15, et Fr. 7, § 2, D., *de lege Iulia repet.* 48, 11. — Fr. 5, § 1, D., *de verb. sign.* 50, 16). Cependant quand l'entreprise se compose de plusieurs parties distinctes, soit par leur nature, soit par les termes mêmes du contrat, l'approbation d'une ou de plusieurs parties déchargera l'entrepreneur de toute responsabilité à leur égard. Fr. 36,

du contraire est admise[19]. Il va sans dire que les parties peuvent déroger par des conventions particulières à ces présomptions légales [20]. — Les obligations du maître se bornent à recevoir l'ouvrage aux temps et lieu convenus et à payer le prix [21]. En sa qualité de créancier de l'ouvrage, il en supporte les risques et périls [22]. Dans l'exécution de ses obligations, il est tenu de toute faute [23].

§ 219. *Comment finit le louage de services. — Des locations irrégulières.*

1° Si le contrat a été fait pour un travail ou pour un temps indéterminé, il peut être dissous par la volonté de l'une ou de l'autre partie [1]. — 2° Le louage de services ou d'ouvrage pour un travail déterminé finit par la confection du travail ou si le travail devient impossible [2]. — 3° Le louage de services pour un temps déterminé finit à l'expiration du terme ; mais il peut y avoir réconduction tacite [3]. — 4° La mort de l'ouvrier aura généralement pour effet de mettre fin au louage d'ouvrage et de services [4]. — 5° Enfin, dans un louage par devis et marché, le maître peut faire cesser le rapport obligatoire s'il est constant que les frais de l'entreprise dépasseront sensiblement le devis de l'entrepreneur [5].

D., *h. t.* « Quod vero ita conductum sit, *ut in pedes mensurasve præstetur.....* » ci-dessus, note 17. *Voy.* aussi Fr. 30, § 3. Fr. 51, § 1, D., *eodem.*

[19] Fr. 36, *verbis* Si tamen vi maiore D., *h. t.* (note 17). – Fr. 37 in f. D., *eodem.*–Particulièrement l'entrepreneur peut se disculper en prouvant que la perte provient d'un vice du sol (Fr. 33. 59. 62, D., *eodem*), ou que *per locatorem* (*operis*) *steterit quominus opus adprobetur* (Fr. 36, D., *eodem*), ou que l'ouvrage a été fait exactement d'après les instructions du maître (Fr. 51, § 1 in f. *verbis* Nisi si ideo D., *h. t.*). Par contre, la responsabilité pèsera sur l'entrepreneur, si le dommage provient de la mauvaise qualité des matériaux fournis par lui, s'il a obtenu l'approbation par des manœuvres frauduleuses, ou s'il a fait, sans y être autorisé, des changements au plan arrêté. Fr. 25, § 3. Fr. 60, § 3, D., *h. t.* – Fr. 51, § 1, D., *eodem.*

[20] Arg. Fr. 13, § 5, D., *h. t.*

[21] *A*) Pour la réception, *voy.* ci-dessus, les notes 16. 17. 18. — *B*) Le mode et l'époque du payement varient selon que le prix est convenu globalement (*per aversionem*), par parties déterminées (*in pedes mensurasque, in dies singulos,* etc.) ou autrement. Fr. 30, § 3. Fr. 53, pr. Fr. 36. 51, § 1. Fr. 58, pr. D., *h. t.* – Fr. 10, § 2, D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2. Caton, *de re rust.* 16, parle d'une opération partiaire à propos d'un marché de fabrication de chaux. La même combinaison peut se présenter dans d'autres marchés, notamment quand il s'agit d'effectuer une récolte. *Voy.* encore ci-dessus, § 216, note 39.

[22] *Voy.* ci-dessus, notes 12-15.

[23] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 13, et L. 2. 17, C., *hoc titulo.*

[1] Cf. ci-après, § 228, A, 4.

[2] Cf. ci-après, § 228, A, 1, et Fr. 185, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. »

[3] *A*) L. 11. 22, C., *h. t.* — *B*) Arg. ci-dessus, § 199, n° 1 et ci-après, § 228, note 3.

[4] Toujours quand l'individualité de l'ouvrier est un élément essentiel de la prestation. Cf. ci-dessus, § 218, note 11 et L. 13. 15, C., *de contrah. stipulatione* 8, 38; L. un. § 9, *verbis* Sin autem C., *de caducis tollendis* 6, 51.

[5] Fr. 60, § 4, D., *hoc titulo.*

Observation. Il peut se présenter des conventions dans lesquelles l'une des parties contractantes engage ses services, mais où l'on rencontre encore d'autres éléments qui rendent la nature du contrat complexe et douteuse. Les commentateurs ont l'habitude de les désigner par le terme *locatio irregularis* *. Dans ces cas, il importe d'analyser avec soin les divers éléments contenus dans la convention, surtout quand il s'agit de décider la question des risques et périls. Ainsi, y a-t-il louage lorsqu'un orfévre s'engage envers nous à faire de son or des anneaux moyennant un prix déterminé? D'après Cassius, il y aurait, dans cette convention, à la fois vente de la matière et louage du travail; mais Justinien a décidé qu'il n'y a qu'une vente dans laquelle le *periculum* ne commence pour l'acheteur que lorsque les anneaux auront été agréés par lui. Par contre, si la matière avait été fournie par nous, et que l'orfévre se fût engagé à en faire des anneaux moyennant un prix déterminé, il y aurait évidemment louage [6]. — Un autre cas douteux est mentionné dans les Digestes d'Alfenus Varus [7]. Un batelier s'est chargé de transporter des blés appartenant à différentes personnes qui les ont confondus en une masse. Arrivé au lieu de sa destination, le batelier est, à la vérité, tenu de remettre, pour le compte de chaque propriétaire, la quantité qu'il en a reçue; mais il n'est point dans l'intention des parties que chaque expéditeur reçoive identiquement le même blé qu'il a donné. Il suffit qu'il en reçoive autant et de même qualité. L'objet de la restitution n'est donc point individuellement déterminé; par conséquent, il ne saurait être question de libération par cas fortuit. On s'aperçoit aisément que ce contrat n'est pas un louage pur; car, bien qu'il renferme un transport de marchandises, ce qui constitue une *conductio operis*, la véritable obligation du batelier est plutôt de remettre à un endroit déterminé une certaine quantité de blé. Aussi la question des risques et périls doit-elle être décidée comme dans

[6] § 4, I., *h. t.* « Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, et acciperet, verbi gratia, aureos decem, utrum emtio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? Cassius ait, materiæ quidem emtionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi. (*Voy.* pour les conséquences, quant au *periculum*, ci-dessus, § 210, note 9.) Quod si *suum* aurum *Titius* dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit. » (*Voy.* pour le *periculum*, dans ce cas, ci-dessus, § 218, note 15.) Cf. Gaius, III, 147. — Fr. 2, § 1, D., *h. t.* — Fr. 20. 65, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Il y aurait également louage ordinaire si le *locator operarum* devait fournir *quelques* matériaux nécessaires pour la confection de l'ouvrage donné en entreprise. Fr. 20, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 22, § 2. Fr. 30, § 3, D., *h. t.* — Cf. Fr. 34, pr. *verbis* In aurifice D., *de auro argento legatis* 34, 2, où il faut lire dans la phrase finale *protinus* au lieu de *quatenus*.

[7] Fr. 31, D., *h. t.* Ce passage a beaucoup occupé les interprètes du droit romain, à cause d'une *actio oneris aversi* qui y figure et dont on ne trouve point d'autre mention. Si cette locution constitue réellement un terme technique, il faut bien admettre qu'elle servait à désigner une action spéciale, donnée contre les voituriers et maîtres de bateaux.

le *mutuum* [8]. Il en serait de même dans le cas où j'aurais donné à un meunier une certaine quantité de froment pour qu'il me rende une certaine quantité de farine. — Les auteurs donnent souvent aussi le nom de louage irrégulier au cheptel de fer dont nous avons parlé ci-dessus, § 216, notes 38. 39.

Du mandat. *Mandatum* †.

§ 220. *Notion et conditions requises.*

Mandare signifie donner pouvoir, *manum dare*. Dans le sens spécial qui nous occupe ici, on entend par mandat le contrat par lequel une personne s'oblige envers une autre à faire gratuitement une chose dont cette dernière la charge. Pour qu'il y ait mandat, il faut donc la réunion des trois conditions suivantes :

1° Le consentement des deux personnes, l'une donnant le pouvoir de faire ce qui forme l'objet du contrat, l'autre acceptant la charge de le faire. La première est appelée mandant, *mandans*, la seconde mandataire [1]. Comme dans tout autre contrat, de même dans le mandat le consentement peut être donné expressément ou tacitement [2]. — L'exécution du mandat exposant les deux parties à contracter des obligations, il est évident que pour donner ou accepter un mandat, même tacitement, on doit être capable de s'obliger. Des dispositions particulières déclarent certaines classes de personnes incapables [3]

[8] Le commencement du Fr. 31, D., cité à la note précédente et trop long pour être transcrit ici, pose les principes généraux. Dans le passage qui commence par les mots *Quod si separatum*, le jurisconsulte traite du cas où les blés formaient un corps individuellement déterminé, *tabulis aut heronibus inclusum ita ut internosci potuisset*. Ensuite, dans les mots suivants: *Sed et si ita datum esset, ut in simili re solvi posset, conductorem culpam duntaxat debere*, il s'agit d'une obligation dite facultative, où le batelier est chargé de remettre les blés qu'il a reçus, mais avec la faculté de les remplacer par d'autres blés de même qualité, *ut in simili re solvi posset*. *Voy.* ci-dessus, § 191, Observation.

† Gaius, III, 155. – Paul, II, 15. – Tit. I., *de mandato* 3, 26. – Tit. D., *mandati vel contra* 17, 1. – Tit. C., *eodem* 4, 35. – Cf. Paul, *de procuratoribus* 1, 3. – Tit. D., *de procuratoribus et defensoribus* 3, 3. – Tit. C., *eodem*, 2, 13.

[1] Dans le langage romain, le mandant est appelé *mandans* ou *mandator*, souvent aussi *dominus*. (*Voy.* ci-après, note 14.) Pour désigner le mandataire, les Romains emploient le mot *procurator*, surtout quand il s'agit de la gestion d'une affaire judiciaire (§ 1, I., *de his per quos agere possumus* 4, 10. – Titt. D., *de procuratoribus* 3, 3; C., *eodem* 2, 13, et *passim*. *Voy.* aussi ci-après, notes 15 et 20) ou bien ils se servent d'une circonlocution : *qui mandatum suscepit, cui mandatum est*, etc. Le mot *mandatarius* ne se rencontre point dans nos sources.

[2] Paul, I, 3, 1.– Fr. 1, § 2. Fr. 6, § 2. Fr. 18, § 3, D., *h. t.*–L. 6, C., *eodem*. – Fr. 60, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. » Il faut pourtant se garder de donner à ce dernier texte une interprétation trop large. Cf. Fr. 8, § 1, D., *de procuratoribus* 3, 3, et ci-dessus, t. I, § 34, note 24.

[3] Cette incapacité cependant n'est que relative, en ce sens que le mandataire peut s'en prévaloir contre le mandant, mais que ce dernier ne peut l'invoquer ni contre le mandataire ni contre

de se charger pour autrui de la gestion d'une affaire judiciaire [4].

2° Une affaire à gérer par le mandataire. Conformément aux principes généraux, il faut que le mandant ait un intérêt à l'exécution du mandat[5]. Il n'y aurait pas de lien obligatoire, si l'acte que le mandant commande était uniquement dans l'intérêt de celui qui reçoit l'ordre. Dans ce cas, en effet, il y a plutôt un conseil [6] qu'un mandat, et il est évident, d'une part, que, tout en acceptant le conseil, nous restons libre de ne pas le suivre et, d'autre part, qu'en le suivant, nous agissons à nos risques et périls et sans avoir, de ce chef, aucun recours contre le soi-disant mandant [7], à moins que celui-ci n'ait expressément ou implicitement assumé la responsabilité de l'opération [8], ou qu'il n'ait agi de mauvaise foi[9]. —Le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers est également en soi sans effet obligatoire : ni le mandant, ni le tiers n'en peuvent poursuivre l'exécution [10]. Cependant, si le mandataire l'accomplit volontairement, et qu'à cette fin, il ait dû faire des dépenses, il paraît équitable

les tiers. Arg. Fr. 1, § 4, D., *de exercitoria actione* 14, 1. – Fr. 7, § 2. Fr. 8, D., *de institoria actione* 14, 3.

[4] Les femmes. Fr. 1, § 5, D., *de postulando* 3, 1. *Voy.* cependant Fr. 41, D., *de procurat.* 3, 3 et L. 4, C., *eodem.* 2, 13. — Les membres du clergé. *Nov.* 123, c. 6. – Les soldats. Fr. 8, § 2, D., *de procur.* 3, 3, et L. 7. 9. 13, C., *eodem.* — Les infâmes Fr. 1, § 8, D., *de postulando* 3, 1.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 199, n° 3 et § 206, B, ainsi que Gaius, III, 155. – § 1, I., *h. t.* – Fr. 2, § 1. Fr. 8, § 6, D., *eodem.* D'après le Fr. 54, pr. D., *eodem*, il suffirait, à cet effet, d'un simple intérêt moral ou d'affection ; mais la décision de ce fragment, rendue dans une espèce toute particulière, ne saurait être étendue d'une manière arbitraire. Quoi qu'il en soit, pour qu'il y ait mandat civilement obligatoire, il faut que le mandant ait un intérêt à l'affaire ; mais la circonstance que le mandataire ou des tiers se trouvent également intéressés à l'opération dont il s'agit, ne forme naturellement point obstacle à ce que le contrat subsiste avec tous ses effets. Fr. 2, pr., D., *h. t.* Exemples : Mandat dans l'intérêt du mandant et d'un tiers. § 4, I., *h. t.* – Fr. 2, § 2. 3. 5. Fr. 6, § 4. Fr. 8, § 3. 6, D., *eodem. Voy.* ci-après, note 11. Mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire, § 2, I., *h. t.* et Théophile *ad h. l.* – Fr. 6, § 5. Fr. 16. Fr. 22, § 2, 4. Fr. 45, § 7. 8, D , *eodem.* Il est à remarquer que les hypothèses mentionnées dans le § 2, I., cite aux mots *aut si volente... periculo mandantis* et dans les Fr. 22, § 2. Fr. 45. § 8. D., *cités*, n'ont plus de raison d'être après les réformes introduites par la *Nov.* 4, c. 1 et la L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 1. *Voy.* ci-après, § 263, notes 4 et 8. — Rappelons aussi que la cession des actions constitue régulièrement un mandat dans l'intérêt du mandant et du *procurator in rem suam. Voy.* ci-dessus, §§ 187 et suivants.

[6] Conseil ou recommandation. Conseil. § 6, I., *h. t.* – Fr. 2, § 6, D., *eodem.* – Fr. 1, § 14, D., *depositi* 16, 3. — Recommandation. Fr. 12, § 12, D., *h. t.* – L. 13, *verbis* Neque familiares epistolas C., *quod cum eo qui in aliena potestate est* 4, 26.

[7] *Voy.* les passages cités à la note précédente. Cf. 11, I., *de obligat. ex delicto* 4, 1. – Fr. 20 in f. D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. « ... Non enim qui exhortatur, mandatoris opera fungitur. »

[8] Fr. 1, § 14, D., *depositi* 16, 3. – Fr. § 13. 14. Fr. 12. 22, § 2. 4. Fr. 32, D., *h. t.* – Cf. Fr. 16, D., *eodem.*

[9] Cic., *ad Atticum*, XVI, 7. « ... Quid debet, qui consilium dat, præstare præter fidem...? » – Fr. 47, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. – Fr. 10, § 7, D., *h. t.*

[10] *Voy.* ci-dessus, § 206, notes 6 sqq. et Fr. 28, § 6, D., *h. t.* « Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse eius qui mandavit (ou bien *mandatum accepit*). Ceterum, si nihil interest,

que le mandant l'en indemnise, et celui-ci ne saurait de bonne foi invoquer le défaut d'intérêt de sa part pour se soustraire à cette obligation [11]. Aussi la loi accorde-t-elle, dans ce cas et à cet effet, l'action contraire du mandat [12]. C'est à cause de cette anomalie apparente que les commentateurs donnent le nom de *mandatum qualificatum* * à ce genre d'opérations qui, à Rome, étaient d'autant plus fréquentes qu'elles fournissaient un moyen de cautionner la dette d'un tiers dans des cas où, par des raisons de fait, la forme ordinaire du cautionnement, la *fideiussio,* était d'un emploi difficile ou impossible [13]. On donnait, dans cette opération, au mandant de préférence le nom de *mandator,* quoique ce terme soit aussi appliqué à d'autres espèces de mandat [14]. — Le mandat peut se rapporter, soit à une ou plusieurs affaires déterminées, mandat spécial, soit à un ensemble d'opérations, mandat général [15]. Le cas le plus important de la dernière catégorie est celui où nous chargeons quelqu'un de l'administration de tous nos biens, *procurator omnium* ou *totorum bonorum* [16]. — Comme toute autre convention obligatoire, notre contrat sup-

cessat mandati actio : et eatenus competit quatenus interest... » Les Fr. 2, § 2. 5. Fr. 6, § 4. Fr. 8, § 3, D., *eodem,* qui semblent contraires à la proposition de notre texte, se rapportent à des hypothèses où la gestion devait se faire dans l'intérêt du tiers ET du mandant. Ci-dessus, note 5.

[11] En effet, celui qui nous charge de faire en faveur d'un tiers des opérations qui naturellement doivent ou peuvent entraîner des sacrifices pécuniaires ou des obligations, manifeste par là suffisamment l'intention d'assumer ces sacrifices ou obligations et d'en décharger le tiers en faveur duquel il *intervient* ou *intercède.* Fr. 32, D., *h. t.* — Fr. 24, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 19. 22, C., *eodem. Voy.* ci-après, § 264.

[12] GAIUS, III, 156. — § 6, I., *h. l.,* et THÉOPHILE, *ad h. t.* — Fr. 6, § 4. — Fr. 8, § 6. Fr. 28, D., *h. t.,* et ci-après, § 264.

[13] *Voy.* ci-après, § 264, où nous donnerons les détails de cette matière.

[14] *Voy.* les inscriptions des titt. D., *de fideiussoribus et mandatoribus* 46, 1; C., *eodem* 8, 41. — PAUL, II, 17, 16. — Fr. 52, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « ... Plures eiusdem pecuniæ credendæ mandatores.... » et *passim.* Le mot *mandator* s'applique cependant aussi à toute autre espèce de mandat. *Voy.* ci-dessus, note 1, Fr. 22, § 11. Fr. 46 in f. Fr. 49 in f. D., *h. t.* et *passim.* Cf. les lexiques de BRISSONIUS et de DIRKSEN, v° *Mandator.*

[15] Fr. 1, § 1, D., *de procuratoribus* 3, 3. « Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest constitutus... quamvis quidam... non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse, sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam... suscepit, proprie procurator appelletur; sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit. » — Fr. 58. 60, D., *eodem.* — Fr. 25, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Generale mandatum de universis negotiis gerendis... » — Fr. 26, pr. D., *eodem.* — Celui qui a reçu un mandat général n'a pas *régulièrement* qualité de demander au nom du mandant la restitution en entier (Fr. 25, § 1. Fr. 21, pr. D., *de minoribus* 4, 4); de conclure une transaction ou de déférer le serment à propos d'une contestation (Fr. 60, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 17, § 3, D., *de iureiurando* 12, 1); d'aliéner les choses appartenant au principal (Fr. 63, D., *de procuratoribus* 3, 3); bien qu'il puisse recevoir des payements et faire novation d'une obligation existante. Fr. 12, pr. D., *de solutionibus* 16, 3. — Fr. 20, § 1, D., *de novationibus* 46, 2). Cependant on admet que tous ces pouvoirs sont accordés au mandataire général, quand le mandant lui a laissé la *libre gestion.* Fr. 58, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 9, § 4, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. C'est ce que les commentateurs appellent *mandatum generale cum libera* scil. *potestate.*

[16] Fr. 12, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 1, § 1. Fr. 47 63, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 25.

pose comme objet une opération suffisamment déterminée [17], et il va sans dire que le mandat contraire aux bonnes mœurs est nul [18].

3° Chez les Romains, le mandat était gratuit. Si le mandataire se faisait promettre un salaire ou une récompense quelconque, le contrat se transformait en une autre négociation et devait être jugé d'après les principes qui régissent cette dernière [19]. — On finit cependant par autoriser la promesse d'honoraires [20], surtout dans un des cas les plus importants du mandat, celui donné pour nous défendre en justice [21]. Seulement on n'accordait pas de ce chef l'action du mandat [22] à l'effet de poursuivre le payement des honoraires : le magistrat les adjugeait *extra ordinem* [23]. —

§ 1, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 6, § 6, D., *h. t.* — Fr. 20, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. - Fr. 12, pr. Fr. 87, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 3, § 2, D., *iudicatum solvi* 46, 7.

[17] § 7, I., *h. t.* — Fr. 6, § 3. Fr. 12, § 11. Fr. 22, § 6, D., *eodem.*

[18] Gaius, III, 157. — § 7, I., *h. t.* et Théophile *ad hunc locum.*—Fr. 6, § 3. Fr. 12, § 11. Fr. 22, § 6. Fr. 48, § 2, D., *eodem.* — Fr. 35, § 3, D., *de contrah. emtione* 18, 1.

[19] § 13, I., *h. t.* — Fr. 1, § 4, D., *eodem.* « Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio et amicitia trahit: contrarium porro est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. » — Fr. 36, § 1, D., *eodem.* — Fr. 13. 22, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 15, C., *de procuratoribus* 2, 13. — Mais *voyez* les trois notes suivantes.

[20] Honorarium, ci-dessus, § 218, note 4.

[21] Il ne faut pas confondre ce mandataire, chargé de la défense et appelé *advocatus* dans le *Corpus iuris,* avec celui qui est chargé de nous représenter dans une instance et qui s'appelait anciennement *cognitor,* plus tard *procurator* par excellence. Le *procurator* avait pour unique mission de représenter la partie dans les divers actes de la procédure. *Voy.* ci-dessus, § 178, Observation. L'*advocatus* ne représentait point la partie, mais il l'assistait de son autorité, et l'aidait de ses conseils et de son éloquence. Anciennement on distinguait les *advocati* d'avec les *oratores* ou *causidici* qui plaidaient la cause, en réservant la première qualification aux personnes qui se bornaient à assister la partie de leur influence. Mais, sous l'empire, le mot *orator* ne fut guère plus employé pour désigner les défenseurs en justice; on les appelle *advocati* et *causidici. Voy.* t. I, nos 91. 136. 197, et particulièrement no 224.

[22] Cette proposition paraît, au premier abord, contredite par le Fr. 6, pr. D., *h. t.* « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. » Mais ce texte dit tout simplement que la promesse ou la remise spontanée d'une rémunération n'ôte point au contrat son caractère de mandat. Aussi dans les *Basiliques,* XIV, 1, 6, le mot : si est-il rendu par Εἰ καὶ, etsi.

[23] L'office des avocats avait d'abord été gratuit. Dans notre *Introduction historique,* t. I, nos 136. 197, nous avons parlé de la loi *Cincia* et du sénatus-consulte sous Auguste, qui défendirent des récompenses pour les plaidoiries, ainsi que du sénatus-consulte sous Claude qui permit de prendre des honoraires, en fixant par procès un *maximum* de 10,000 sesterces, qui se retrouve encore dans la législation de Justinien comme *licita quantitas* de cent écus d'or, *aurei.* Fr. 1, § 12, D., *de extraord. cognitionibus* 50, 13. Cf. L. 3, C., *de postulando* 3, 6. Toutefois, il n'était point permis aux avocats de poursuivre le payement de leurs honoraires en justice jusqu'à ce que l'on admît sous Alexandre Sévère une *extraordinaria cognitio* de ce chef, pourvu que la demande n'excédât pas les bornes d'une juste modération. Fr. 1, § 10-13, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. Cf. ci-dessus, § 218, notes 4. 5. 15. Nous trouvons dans l'Édit de Dioclétien, *de pretiis rerum,* un tarif qui fixe les honoraires à 250 *denarii* pour des conclusions et à 1000 *denarii* pour l'obtention d'un jugement (t. I, no 197 *in fine*). Il était défendu aux avocats d'acheter des procès (Fr. 9, § 2, D., *de officio procons.* 1, 16. — Fr. 7, D., *mandati* 17, 1) et de se faire promettre, pour le cas de réussite, une quote-part du procès, *quota litis* (Fr. 55, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 6, § 7, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 12, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. — L. 1, 5. Th. C., *de postu-*

Une autre espèce usuelle de mandat avec salaire [24] ou honoraire est le courtage, opération dans laquelle, moyennant une prime, quelqu'un s'entremet pour l'achat ou pour la vente de marchandises ou d'autres objets [25].

§ 221. *Effets. Actions.*

Le mandat est de sa nature un contrat unilatéral, ne produisant nécessairement une obligation qu'à la charge du mandataire [1]. L'exécution de cette obligation est poursuivie par le mandant au moyen de l'*actio mandati*. Accidentellement, cependant, l'exécution du mandat peut établir à la charge du mandant des obligations, que le mandataire pourra poursuivre par l'action du contrat, appelée dans ce cas *actio mandati contraria*, en opposition à l'action du mandant, qualifiée de *directa* [2]. Il va de soi que le mandataire peut également faire valoir ses droits, en opposant une exception à l'action du mandant ou en usant du *ius retentionis*, pourvu que les conditions nécessaires à cet effet existent [3].

A) Les obligations du mandataire peuvent être résumées comme suit : 1° Il doit exécuter ce qu'il s'est chargé de faire, conformément à ce qui est convenu entre parties [4]. S'il excède les bornes du mandat, il n'oblige point le mandant, et demeure responsable envers lui des conséquences de sa gestion indue [5]. En général, il lui est libre de se substituer une

lando 2, 10. — L. 5, I. C., *eodem* 2, 6). Mais on pouvait, après l'instance terminée, convenir d'un *palmarium*, c'est-à-dire, d'un supplément d'honoraire pour le gain du procès. Fr. 1, § 12, D., *de extraord. cognit.* 50, 13.

[24] Salarium. *Voy.* ci-dessus, § 218, note 4.

[25] Les personnes qui s'entremettaient pour la vente et l'achat ou pour d'autres opérations s'appelaient *proxenetæ*, et leur salaire portait le nom de *proxeneticum*. Tit. D., *de proxeneticis* 50, 14. — Nous aurons à traiter ci-après, § 244, d'un rapport obligatoire analogue qui est connu sous le nom de *contractus æstimatorius*.

[1] Cette proposition est rigoureusement vraie; mais, dans la pratique, la créance *accidentelle* (*contraria*) du mandataire a généralement plus d'intérêt et plus d'importance que la créance directe du mandant. Nous avons même vu, ci-dessus (§ 220, note 12) des cas dans lesquels le mandat ne fait naître des rapports sérieux et obligatoires qu'à la charge du mandant. Cette particularité donne au contrat de mandat une nature presque synallagmatique et sert à nous expliquer comment les Romains ont été amenés à y voir un lien réciproque suffisant pour lui donner la qualité de *contractus, qui* solo consensu *perficitur*. Cf. ci-dessus, § 207, note 8 *in fine*. Peut-être que dans l'ancien droit l'*actio depensi* servait comme *actio directa* dans les cas où l'on employait plus tard l'*actio mandati contraria*. Gaius, III, 127. IV, 22. *Voy.* t. I, § 43, et ci-après, § 264.

[2] § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. « Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti...; item tutelæ, *mandati*, depositi, *directis*, non *contrariis actionibus*... » — Fr. 12, § 7, D., *h. t.* « *Contrario* iudicio experientur, qui mandatum susceperunt... » — Fr. 12, § 9, D., *eodem*.

[3] Fr. 10, § 9, D., *h. t.*, et ci-dessus, t. I, § 40 *in fine*.

[4] § 11, I., *h. t.* — Fr. 5, § 1. Fr. 22, § 11, D., *eodem*. — Suivant le plus ou moins de précision des instructions données, l'on distingue entre *mandatum certum* et *mandatum incertum* dans les Fr. 3, § 1. Fr. 35. 46. 48, § 1, D., *h. t.* et L. 12, C., *eodem*.

[5] Fr. 5, pr. § 1, D., *h. t.* « Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit.

autre personne pour l'exécution du mandat [6], mais il va sans dire qu'il reste toujours personnellement responsable vis-à-vis du mandant, et qu'il ne s'établit aucun lien direct entre ce dernier et le substitué [7]. — 2° Il doit rendre compte de sa gestion et remettre au mandant tout ce qu'il a reçu pour lui [8]. La remise des choses corporelles se fait par tradition, celle des choses incorporelles, par cession de l'action attachée au droit à transmettre [9]. Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a reçues dans l'exécution de son mandat, s'il est en demeure de les restituer, s'il les a placées à intérêt ou si, sans y être autorisé, il les a employées à son usage [10]. — 3° Dans l'exécution de ces obligations, il est tenu de toute faute, *culpa levis*, quand même il ne retirerait aucun avantage du contrat [11]; mais il va de soi qu'il ne répond pas du cas for-

aliud quid facere videtur. 1. Et si susceptum non impleverit, tenetur. » — Fr. 5, § 2 sqq. D., *eodem.* — § 8, I., *eodem.* « Is qui exsequitur mandatum, non debet excedere fines mandati. Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fideiubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem, adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant; quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam, qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur. Cf. Gaius, III, 161. — Fr. 3. 4. 34. 46, D., *h. t. Voy* aussi Fr. 45, § 4. Fr. 62, § 1, D., *eodem.*

[6] Fr. 8, § 3, D., *h. t.* — Il va sans dire que le mandataire est plus ou moins restreint dans l'exercice de cette faculté, quand c'est à cause de son aptitude individuelle et spéciale que le mandat lui a été confié. Fr. 2, § 1, D., *si mensor* 11, 6. — Fr. 21, § 3, D., *de neg. gestis* 3, 5. — Il y avait des règles particulières en ce qui concerne la faculté de substituer dans le mandat de gérer un procès. Fr. 8, § 3, D., *h. t.* — Fr. 4, § 5, D., *de appellationibus* 49, 1.

[7] Fr. 21, § 3. Fr. 28, D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 8, § 3, D., *h. t.* — Nous disons : « aucun lien direct. » *Voy.* en effet, ci-après, § 222, notes 6-11.

[8] Fr. 9, pr. D., *de edendo* 2, 13. — Fr. 46, § 4, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 18, § 2. 3. 8. Fr. 20, pr. Fr. 56, § 2, D., *h. t.*

[9] Fr. 8, § 5. 10. Fr. 43. 45. 59, pr. D., *h. t.* — Fr. 49, § 2, D., *de adquir. possessione* 41, 2. — L. 2, C., *per quas personas* 4, 27. « ... Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem... » — *Voy.* aussi ci-après, § 222, note 6.

[10] Fr. 10, § 3. 4. 8, D., *h. t.* — L. 19, C., *eodem.* Il y a cependant une exception mentionnée à la fin du Fr. 10, § 8, D., *cité. Voy.* aussi Fr. 13, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « ... Et Labeo scribit restituere (usuras) eum oportere, etiam si hoc mandaverim ut gratuitam pecuniam daret : quamvis, *si periculo suo credidisset,* cessaret, inquit Labeo, in usuris mandati actio. » — Plusieurs auteurs soutiennent à tort que le mandataire qui emploie, sans y être autorisé, les fonds à son profit personnel, doit l'intérêt pénal de 12 pour cent. Cette pénalité, comminée contre le *negotiorum gestor* et le tuteur, ne s'applique point au mandataire. *Voy.* Fr. 10, § 3, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 184, note 4. Mais l'emploi frauduleux de ces fonds peut, suivant les circonstances, constituer un vol et donner lieu à l'*actio furti.* Fr. 22, § 7, D., *h. t.*, et ci-après, § 269.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 173, notes 8. 9, et Cic., *pro Roscio Amerino,* 38. — Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 8, § 10. Fr. 10, § 1. Fr. 44, D., *h. t.* — L. 11. 13. 21, C., *eodem.* Cf. Fr. 31, D., *eodem.* — D'après les règles générales, le mandataire, n'ayant point d'intérêt à l'exécution du mandat, ne devrait être tenu que de *culpa lata.* Le motif qui a engagé les Romains à lui imposer une responsabilité plus grande, est la confiance illimitée qui est la base de ce contrat, comme le dit éloquemment Cicéron, *pro Roscio Amerino,* 38. 39. Il y a eu, au reste, bien

tuit [12]. — 4° On dit communément que plusieurs mandataires sont solidai rement responsables ; mais les passages sur lesquels cette opinion essaye de s'appuyer disent tout simplement que plusieurs mandataires peuvent être poursuivis, chacun *in solidum*, à cause de l'indivisibilité de leur obligation [13].

B) De son côté le mandant peut être tenu des obligations suivantes : 1° Il doit rembourser les frais et dépenses que le mandataire a faits dans l'exécution loyale du mandat [14]. Il ne peut refuser ce remboursement, quand même les frais paraîtraient exagérés, à moins qu'une faute ne puisse être reprochée au mandataire [15]. Il doit, de plus, l'intérêt des déboursés et de l'argent que le mandataire a dû emprunter à intérêt pour accomplir son mandat [16]; enfin il doit indemniser le mandataire des pertes qui l'ont frappé comme une suite nécessaire de l'exécution du mandat [17]. — 2° Le mandataire peut exiger que le mandant le libère de

certainement à ce sujet désaccord entre les jurisconsultes, dont plusieurs n'admettaient pour le mandataire que la responsabilité du dol et de la faute lourde. Il est vrai que les fragments d'Ulpien, Fr. 8, § 10. Fr. 9. 10, pr. Fr. 29, pr. D., *h. t.*, ne sont pas absolument décisifs dans ce cens ; mais Modestin, *Coll. legum Mosaic.* X, 2. 3, et l'empereur Alexandre Sévère, L. 10, C., *de procuratoribus* 2, 13, sont on ne peut plus explicites.

[12] Ci-dessus, § 173, note 18 et Fr. 20, pr. D., L. 13, C., *h. t.* – Cf. Fr. 39, D., *h. t.*, combiné avec Fr. 6, § 6, D., *eodem.*

[13] Fr. 60, § 2, D., *h. t.* « Duobus quis mandavit negotiorum administrationem. Quæsitum est : an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur. » La fin de ce passage prouve clairement qu'il s'y agit, non pas d'obligation corréale (car, dans cette hypothèse, la restriction *dummodo ab utroque non amplius debito exigatur* n'aurait pas de sens), mais d'un des cas d'obligation indivisible dont il est question au Fr. 85, § 5, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. « In solidum vero agi oportet, et partis solutio adfert liberationem... » Cf. ci-dessus, § 192, note 41 *in fine* et note 55.

[14] Fr. 12, § 9. Fr. 56, § 4, D., *h. t.* – Fr. 10, § 9. 10, D., *eodem.* « 9. ... Sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in prædia, sumtum fecit, puto hos quoque sumtus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit, et hoc convenit, ut sumtus de suo faceret ad hæc itinera, hoc est, de salario. 10. Idem ait, si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumtus istius dominus admittat. » — Le mandataire a même, selon les circonstances, le droit d'exiger que le mandant lui fasse l'avance des dépenses nécessaires pour l'exécution du mandat. Fr. 12, § 7, D., *eodem.*

[15] Fr. 27, § 4, D., *h. t.* « Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. » – Fr. 36, § 4, D., *eodem.* – L. 4, C., *eodem* 4, 35.

[16] Paul, II, 15, 2. – Fr. 12, § 9, D., *h. t.* – L. 1, C., *h. t.*

[17] Paul, V. 6, 10. – Fr. 15, 20, pr. D., *h. t.* – Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. – Arg. Fr. 52, § 4. Fr. 60, § 1. Fr. 61, D., *pro socio* 17, 2, ci-après, § 226, note 9. — Cette règle est fondée sur deux principes incontestables, savoir : d'une part, que chacun répond des conséquences de ses actes, y compris naturellement ceux qui se font d'après ses ordres ; d'autre part, que la gestion dont le mandant se charge par dévouement ne doit pas être pour lui une cause de perte, comme le dit Paul aux Fr. 15. 20, pr. D., *cités.* Il est d'autant plus étonnant que le même Paul aux Fr. 26, § 6, D., *eodem*, refuse au mandataire toute indemnité du chef des pertes qu'il aurait subies par suite de naufrage ou *quod spoliatus sit a latronibus.* Il est vrai que la fin de ce passage semble indiquer que Paul entend parler d'accidents qui ne sont pas une suite nécessaire de

toutes les obligations qu'il a contractées dans l'exécution du mandat [18]. — 3° Plusieurs mandants sont solidairement responsables [19]. — 4° Conformément aux principes généraux, le mandant est tenu de toute faute envers le mandataire [20].

Rappelons encore que la condamnation pour dol dans les actions du mandat entraîne l'infamie [21].

§ 222. *De l'effet du mandat à l'égard des tiers.* — A) *En général.*

La volonté de l'homme est l'élément fondamental du droit. Or, comme nous ne pouvons vouloir que pour nous, il est évident que que par nos actes nous ne pouvons créer des droits qu'en notre faveur ou à notre charge. Le mandataire donc, tout en agissant pour le compte d'autrui, n'acquiert que pour lui-même et n'oblige que sa propre personne [1]. Mais, d'un autre côté, comme l'opération qui est l'objet du mandat se fait

l'exécution du mandat (*nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet*) ; mais cette supposition ne s'accorde guère avec les mots qui se trouvent au commencement du texte, *quæ impensaturus non fuerit*. Au Fr. 26, § 7, D., *eodem*, nous trouvons encore une décision injustifiable de Paul. Il y est dit que, si le mandataire est devenu victime d'un vol commis par un esclave (*homo certus*) acheté ensuite d'un mandat, le mandant sera tenu de *omne quod interest*, s'il a eu connaissance du vice de l'esclave ; mais que, dans le cas contraire, il peut se libérer par l'abandon noxal de l'esclave. La même solution est donnée par Africain, au Fr. 31, D., *de pignoratitia actione* 13, 7, pour les contrats de gage, de dépôt et de commodat. C'est là une application des règles du droit romain sur la *noxa* (ci-après, § 282, note 4), règles purement positives et qui ne sauraient en aucun cas être étendues à d'autres hypothèses. Mais cette application est absolument inique et inadmissible en matière de mandat (et de dépôt), comme le dit au reste le même Africain pour ces deux contrats (il faut bien supposer que le mot *depositus*, au Fr. 31, D., *cité* est un *emblema*) au Fr. 61, § 5, D., *furti* 47, 2, en faisant valoir que le mandataire serait en droit de dire, *non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset*. Il est indubitable que la décision de ce Fr. 61, § 5, D., *furti*, doit être préférée à celle du Fr. 26, § 7, D., *h. t.*, comme le Fr. 52, § 4, D., *pro socio* 17, 2, l'emporte sur le Fr. 26, § 6, D., *h. t.*, que nous avons mentionné plus haut. Cf. ci-après, § 226, n° 2.

[18] Fr. 45, pr. § 1-5, D., *h. t.* Cf. Fr. 26, § 8. Fr. 49, D., *eodem*. — Fr. 46, § 5, D., *de procuratoribus* 3, 3.

[19] Fr. 21, D., *h. t.* — Fr. 59, § 3, D., *h. t.* « Paulus respondit : unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato ; post condemnationem autem in *duorum* personam collatam necessario ex causa iudicati singulas pro parte dimidia conveniri posse et debere. » En poursuivant les deux mandants ensemble, le mandataire accepte implicitement la division de la dette. Cf. ci-dessus, § 186, note 18. — Fr. 5, § 1 in f. D., *quod iussu* 15, 3, ci-après, § 223, note 16. — Fr. 52, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1. Cf. ci-après, § 264.— Cette solidarité légale de plusieurs mandants doit probablement son origine aux actions exercitoire et institoire dans lesquelles elle était impérieusement imposée par la nature des choses (§ 223, notes 8 et 13).

[20] Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. Cf. Fr. 26, § 7, D., *h. t.*

[21] Tab. Heracl., lin. 111.—Cic., *de natura Deorum*, III, 30 ; *de oratore*, I, 37.—§ 2, I., *de pœna temere litig.* 4, 16. — Fr. 1. 6, § 5-7, D., *de his qui notantur* 3, 2. — L. 21, C., *h. t.* 4, 35.

[1] Gaius, II, 95 ; III, 165-167. — Paul, V, 2, 2. — § 5, I., *per quas personas nobis adquiritur*, 2, 9. — § 19, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. — Tit. I., *per quas personas nobis obligatio adquiritur*

dans l'intérêt du mandant, l'équité exige que ce soit lui qui profite des avantages qui en résultent et réponde des charges qu'elle fait naître. Comment parviendra-t-on à concilier la rigueur des principes avec les exigences de l'équité?

Distinguons entre les droits réels et les obligations. Dans le droit primitif, il était absolument impossible d'acquérir un droit réel quelconque par mandataire [2]. Mais depuis qu'il eut été admis que nous pouvons acquérir la possession *per liberas personas*, la représentation pouvait avoir lieu dans les modes d'acquérir la propriété qui exigent une prise de possession, notamment dans la tradition. Or, comme dans la législation de Justinien la tradition est le mode général de transférer la propriété, l'acquisition de ce droit par mandataire ne présente plus aucune difficulté [3]. Il en est de même des autres droits réels qui sont susceptibles de tradition ou de quasi-tradition, savoir : l'emphytéose, le droit de superficie et les servitudes [4]. Enfin, une constitution de Justinien consacre expressément la même faculté à l'égard des droits de gage et d'hypothèque [5].

Restent les obligations. Le mandataire, dans l'exécution de son mandat, a fait avec des tiers une convention qui crée des obligations, soit à la charge de ces derniers, soit en leur faveur. Quel en sera l'effet à l'égard du mandant? Conformément aux principes exposés ci-dessus, § 206, il est clair que la convention ne saurait donner d'action ni au mandant contre les tiers, ni aux tiers contre le mandant; car, par rapport à ce dernier, la convention est *res inter alios acta*. Si le mandant veut atteindre le but qu'il se proposait en donnant le mandat, il doit agir sur le mandataire, qui seul est tenu envers lui, afin que celui-ci contraigne les tiers à exécuter l'engagement qu'ils ont contracté. Par contre, les tiers qui veulent faire valoir la convention conclue en leur faveur ne peuvent agir que

3, 28. — Fr. 11, § 6, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 64, D., *de contr. emt.* 18, 1. — Fr. 11, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 38, § 17. Fr. 110, pr. Fr. 126, § 2, D., *de verbor. oblig.* 45, 1. — Fr. 73, § 4, D., *de reg. iur.* 50, 17. — Tit. C., *per quas personas nobis adquiritur* 4, 27. — L. 6, C., *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit* 4, 50.

[2] Bien entendu *directement;* car rien ne s'opposait à ce que le mandataire acquît le droit par lui-même et le transférât ensuite au mandant.

[3] *Voy.* t. I, § 85, n° 1 ; § 105 et suivants.

[4] *Voy.* t. I, §§ 139. 140. 236. 238.

[5] L. 2, C., *per quas personas nobis adquiritur* 4, 27. « Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiratur quidem ei, cuius nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum, quæ procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et condictionem, et hypothecariam actionem vel pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi adquisitam? 530. » Cf. t. I, § 156, note 7.

contre le mandataire avec lequel ils ont contracté, sauf à ce dernier de se faire indemniser par le mandant, au moyen de l'*actio mandati contraria*.

Cette marche est conforme à la rigueur des principes; mais il est une considération qui permet de simplifier l'opération. Il est à remarquer que, en supposant l'exécution fidèle et exacte du mandat, la condamnation dans l'*actio mandati directa* sera égale à la valeur de l'obligation que le mandataire a acquise contre le tiers, de même que le mandataire obtiendra par l'*actio contraria* exactement le remboursement de ce qu'il aura dû payer pour le compte du mandant [6]. Dès lors, il paraît inutile de faire intenter deux actions aux parties : un moyen plus simple est offert par la cession des actions. Le tiers se fera céder par le mandataire l'*actio mandati contraria* qui lui compète contre le mandant; le mandant se fera céder les actions que le mandataire peut intenter contre le tiers en vertu des contrats qu'il a conclus avec lui : dans l'un et l'autre de ces cas, les demandeurs agiront comme *procuratores in rem suam* [7].

Ce point admis, il était facile de réaliser un nouveau progrès, en donnant à la personne qui pouvait exiger que les actions lui fussent cédées, la faculté de les intenter de son chef [8] comme *actiones utiles, quasi ex iure cesso* [9]. Les actions utiles, comme nous l'avons vu avec plus de détails au § 188, demeuraient soumises aux principes qui dominent la

[6] *Voy.* ci-dessus, § 221, notes 7 sq. et 14-18.

[7] Fr. 8, § 10 in f. Fr. 10, § 6. Fr. 43. 59, pr. D., *h. t.* — Fr. 49, § 2, D., *de adquirenda possessione* 41, 2.

[8] Directo, comme disent Labéon, Fr. 48, D., *pro socio* 17, 2; Ulpien, Fr. 3, § 4, D., *commodati* 13, 6, et Justinien, § 8, I., *quod cum eo* 4, 7. Cf. t. 1, § 52, note 2.

[9] Les tiers ont *utiles actiones* contre le mandant. Fr. 31, pr. D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 14, D., *de condict. causa data causa non secuta* 13, 4. — Fr. 16. Fr. 19, pr. D., *de instit. act.* 14, 3. — Fr. 1, § 9, D., *quod iussu* 14, 4. — Fr. 10, § 5, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 13, § 25, D., *emti* 19, 1. — L. 5, C., *de institor. et exercit. actione* 4, 25. — D'autres passages accordent au mandant *actiones utiles* contre les tiers. Fr. 27, § 1. Fr. 28, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 68, D., *eodem*. « Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito procuratore dominus petere potest. » — Fr. 13, § 25, D., *de act. emti* 19. « Si procurator vendiderit, et caverit emtori, quæritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus... putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriæ actionis, si modo rem vendendam mandavit : ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere. » — Fr. 18, § 14, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 5, D., *de stipul. præt.* 46, 5. « In omnibus prætoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est, et cum institor in ea causa esse cœperit, ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis; succurrere enim domino prætor debet. » — Arg. Fr. 4, pr. D., *rem pupilli salvam fore* 46, 6. « Non quasi ipso iure pupillo adquirat (neque enim adquirit), sed utilis actio ex stipulatu pupillo detur. » Il s'agit ici d'un mandataire désigné par le préteur à l'effet de recevoir l'engagement *rem pupilli salvam fore*, qu'un tuteur ou un *negotiorum gestor* doit contracter au moyen d'une stipulation.

cession des actions, et, bien que les parties agissent en nom propre, elles pouvaient faire valoir respectivement les moyens et exceptions qui prenaient leur source dans la personne du mandataire [10].

Dans cet état de la législation, les tiers avaient donc le choix de poursuivre, soit directement le mandataire, soit *utiliter* le mandant [11]. De même l'exécution des conventions conclues en vertu du mandat pouvait être poursuivie contre les tiers, soit directement par le mandataire, soit *utiliter* par le mandant [12]. Le mandataire n'était plus qu'un intermédiaire dont le mandant et les tiers pouvaient se servir ou se passer à volonté. Dans tous les cas, il restait responsable tant vis-à-vis de son principal que vis-à-vis des tiers [13]. Sous le premier rapport, il n'était exposé à aucune suite préjudiciable ; car, à moins qu'il n'y eût faute de sa part, il n'était point tenu au delà de ce qu'il avait reçu lui-même, et la cession de l'action avait toujours pour effet de le libérer envers le mandant [14]. La responsabilité vis-à-vis des tiers, au contraire, pouvait l'exposer à des dangers : il avait, à la vérité, son recours contre le mandant, et il pouvait contraindre ce dernier à le décharger; mais l'insolvabilité ou la mauvaise foi du principal pouvaient rendre illusoires ces garanties et causer au mandataire des pertes inévitables. Cette responsabilité dut

[10] Notamment le dol du mandataire peut être reproché au mandant qui n'est pas *in dolo*. Fr. 5, pr. D., *de tribut. act.* 14, 4. — Fr. 51, pr. § 1, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — Fr. 1, § 2, D., *de except. rei vend.* 21, 3. — Fr. 16, § 2. 3. Fr. 22, § 5, D., *de liberali causa* 40, 12. — Cf. Fr. 51, pr. § 1, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. « 1. Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit (mancipium) morbosum, vitiosum esse, non dubitandum quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit. At cum *rel.* » Pour l'intelligence de ce passage, il ne faut pas perdre de vue que la locution *nihilomagis*, loin d'être synonyme de *nihilominus*, indique un ordre d'idées diamétralement opposé. Cf. ci-dessus, § 213, note 20. Il va sans dire que tout fait, imputable au *dominus* même, peut lui être opposé, alors même que le mandataire y serait étranger, comme, d'un autre côté, le tiers est passible des conséquences de tous les faits qui se sont passés entre lui et le *dominus*, même sans l'intervention du mandataire. Fr. 4, § 18, D., *de doli exceptione* 44, 4, et ci-dessus, § 189, note 13. — Cf. Fr. 13, D., *de contrah. emtione* 18, 1, et ci-dessus, § 213, note 20.

[11] Fr. 1, § 17. 21. Fr. 5, § 1. D., *de exercitoria actione* 14, 1. — Fr. 17, § 1. Fr. 19, pr. D., *de institoria actione* 14, 3. — Si le tiers dirige son action directement contre le mandataire, il est évident qu'il ne peut se prévaloir à l'égard de ce dernier des faits personnels au *dominus*. Il en est de même si le mandataire se trouve dans la position d'agir en son nom contre les tiers. Fr. 51, § 1 in f. D., *de Ædil. edicto* 21, 1. « ... At cum ipse (procurator), ignorans esse vitiosum, mandatu domini qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, *ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.* »

[12] Si mandataire et mandant agissent l'un et l'autre, le mandant a naturellement la préférence. Ci-dessus, § 188, note 19.

[13] Africain, Fr. 49, D., *mandati* 17, 1. « Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo : mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse..... Puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam : et idcirco mandati agere posse (contra me), si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator *rel.* » Cf. ci-après, note 17. — L. 13, C., *si certum petatur* 4, 2, ci-après, note 17.

[14] Cf. ci-dessus, § 221, note 9.

paraître trop onéreuse et même contraire à la bonne foi, quand le mandataire s'était rigoureusement renfermé dans les termes de ses instructions, connues des tiers avec lesquels il avait contracté : car, toutes choses égales, on doit se montrer indulgent plutôt envers le mandataire, qui agit sans intérêt personnel, qu'envers les tiers, qui font leurs affaires et qui, agissant en connaissance de cause, n'avaient qu'à prendre les informations dont un bon père de famille doit s'entourer avant de conclure une affaire. Aussi paraît-il conforme à l'esprit de la législation de Justinien d'admettre que le mandataire [15] qui n'a pas excédé les bornes de son mandat n'est pas tenu personnellement envers les tiers qui ont eu connaissance de ses instructions. Il est vrai que ce principe n'est pas énoncé d'une manière générale et expresse ; mais il a pour lui (en dehors des considérations que nous avons fait valoir) l'analogie du *procurator* dans la procédure [16] et plusieurs décisions du Digeste et du Code [17].

[15] Nous parlons du mandataire ordinaire; car, pour les hypothèses particulières du mandat commercial, dont nous traiterons au paragraphe suivant, il y a des règles particulières. Cf. ci-après, note 19, et § 223, notes 5 et 12.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 187, Observation, notes 25-28.

[17] Arg. Fr. 57, § 1, D., *de condictione indebiti* 12, 16. « Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit : maiore pecunia soluta, procurator indebiti causa convenitur. Quod si *nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio ; quæ non videtur peremta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.* » — Fr. 13. 19, D., *ratam rem haberi* 46, 8. On peut encore argumenter *a contrario* des Fr. 67, D., *de procurat.* 3, 3. « Procurator, qui pro evictione prædiorum, quæ vendidit, *fidem suam adstrinxit*, etsi negotia agere desierit, *obligationis tamen onere prætoris auxilio non levabitur :* nam procurator *qui pro domino vincutum obligationis suscepit,* onus eius frustra recusat. » et L. 13, C., *si certum petatur* 4, 2. « Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, creditore *non contemplatione domini rerum* eam fenori, dante, principaliter obligatum, obnoxium remanere oportet. 300. » ainsi que des passages suivants, dans lesquels le mandataire est déclaré *personnellement* responsable en tant qu'il a excédé les bornes du mandat : Fr. 6, § 1. 2, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 5, § 15. Fr. 13. pr. D., *de instit. act.* 14, 3. — C'est ici le lieu de nous occuper d'un passage d'Africain qui figure dans le Digeste comme Fr. 49, D., *mandati* 17, 1, et dont il a déjà été parlé diverses fois. Ce passage contient deux décisions, dont la première, transcrite ci-dessus, à la note 13, paraît absolument contraire à notre thèse. Il y est dit que celui qui, en vertu du mandat donné par un autre, a vendu une chose qui était sienne, mais qu'il croyait appartenir au mandant, 1° n'en est pas moins tenu envers l'acheteur, et 2°, ne doit pas être admis à revendiquer la chose. Constatons d'abord que la seconde proposition n'est pas incompatible avec ce que nous avons dit ci-dessus, § 201, note 4 ; car si l'on refuse ici la revendication, c'est que le jurisconsulte la considère comme passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ.* Mais la décision tout entière est absolument contraire à la thèse que nous soutenons dans notre texte, à moins que nous ne supposions que dans l'esprit des rédacteurs du Digeste (car, du temps d'Africain, la proposition était d'une vérité absolue), il s'agisse d'un cas où le vendeur n'avait pas fait connaître sa qualité de mandataire. Aussi, croyons-nous que cette supposition doit nécessairement être admise. Il est vrai que le passage ne mentionne pas cette circonstance, mais la rédaction ne s'y oppose pas non plus. Nous pouvons d'ailleurs invoquer l'analogie du Fr. 51, § 1 in f. D., *de Ædilicio edicto,* mentionné ci-dessus, note 11. Quant à la seconde décision du Fr. 49, D., *cité,* elle ne se rattache pas à la question qui nous occupe ici, mais nous ne pouvons nous dispenser de la faire connaître sommairement. Elle est conçue comme suit : « .... Ego (servum) vendidi illius (Titii) mandatu, cum forte is cui heres exstiterit eum (servum) emisset..... Mandator,

En résumé donc : l'exécution des conventions conclues par le mandataire avec des tiers peut être poursuivie par ces derniers contre le mandant, de même que le mandant peut agir de ce chef contre les tiers. La poursuite peut se faire avec ou sans l'intervention du mandataire; mais celui-ci n'est point tenu personnellement envers les tiers, qui avaient connaissance du mandat, pourvu qu'il ait agi conformément au pouvoir qui lui avait été donné [18]. Par contre, le mandant aussi bien que les tiers sont passibles de toutes les exceptions qui ont leur source dans la personne du mandataire, comme, d'un autre côté, ils peuvent se prévaloir de tous les actes faits par lui dans l'exécution du mandat, le tout conformément aux principes qui dominent la cession des actions et les *actiones utiles* en cette matière [19].

Observation. Comme dans presque toutes les matières, ce n'est que par des applications successives, faites à des espèces particulières, que les Romains sont arrivés à la règle générale que nous venons d'exposer. Ce fut surtout à propos de la procuration pour gérer un procès, et du mandat donné pour la gestion des affaires commerciales ou de ménage, que le besoin se fit d'abord sentir de donner aux tiers une action contre le mandant, et cela dans l'intérêt même de ce dernier, par la raison que le mandataire n'aurait guère trouvé le crédit nécessaire pour la gestion de ces affaires, si les tiers n'avaient pas eu la garantie du principal. C'est afin de répondre à ce besoin, que le préteur créa pour les opérations qui se présentaient le plus fréquemment des actions en faveur des tiers, que

si rem ab eo (cui eam vendidi) vindicare velit, exceptione submovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. » Voici le sens probable de cette décision : « Gaius, possédant un esclave appartenant à Titius, l'a vendu à Mævius. Avant que l'esclave ait été livré, Mævius vient à mourir, laissant pour héritier Titius. Celui-ci, ignorant que l'esclave est à lui, me charge de le vendre et de le livrer à Paul ; ce que je fais. Ensuite, apprenant la vérité, Titius voudrait revendiquer l'esclave contre Paul, prétendant qu'il n'a pu perdre une propriété qu'il n'a jamais eu l'intention d'aliéner (ci-dessus, § 201, note 4). Obtiendra-t-il gain de cause? Non, car il sera repoussé par l'*exceptio doli* ou *rei venditæ et traditæ*, sauf à prendre son recours contre Gaius, en intentant l'*actio emti* qui compétait à Mævius dont il est héritier. » Tel est, avons-nous dit, le sens probable du passage ; car la rédaction en est si peu claire qu'il mériterait d'être compté parmi les *leges damnatæ* du Digeste, plutôt que la plupart des fragments qu'on a l'habitude de comprendre sous ce nom. Cf. ci-dessus, § 182, note 6, et la Table alphabétique qui se trouve à la fin de notre tome troisième et dernier.

[18] Ce que le mandataire fait au delà des pouvoirs qui lui ont été donnés ne peut être opposé au maître. Fr. 49, D., *de procur.* 3, 3.—Fr. 63, pr. D., *de contr. emt.* 18, 1.—Fr. 1, § 2. 3, D., *de exc. rei vend.* 21, 3. — L. 10. 16, C., *de procurat.* 2, 13. *Voy.* cependant Paul, II, 15. 3. « Certo pretio rem iussus distrahere, si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari; venditionem enim dissolvi non placuit. » — Fr. 5, § 3. 4, D., *h. t.* « Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, et petam fundum, non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandato meo, præstes, et indemnem me per omnia conserves. 4. Servo quoque dominus si præceperit, certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest, nec ulla exceptione summoveri, *nisi indemnitas ei præsetur.* » Cf. t. I, § 120, note 26.

[19] *Voy.* ci-dessus, notes 6-14, et §§ 188 189.

l'équité fit ensuite étendre, mais avec une certaine réserve, en faveur des mandants [20]. Il est difficile de bien saisir notre matière sans connaître ces applications spéciales. Nous avons déjà parlé de la procuration pour gérer un procès (ci-dessus, § 187, Observation) : le paragraphe suivant traitera des autres espèces.

§ 223. *Des* actiones adiectitiæ qualitatis †.

1° La plus ancienne des actions prétoriennes, qui ont servi de type au développement législatif esquissé dans le paragraphe précédent, est l'*actio exercitoria* [1], par laquelle l'armateur d'un navire, *exercitor* [2], peut être poursuivi en payement des dettes que le capitaine, *magister navis* [3], a contractées dans les limites de ses instructions, *lex præpositionis* [4]. Le tiers qui a conclu avec le capitaine a le choix d'attaquer celui-ci en vertu du contrat fait avec lui, ou bien de diriger l'action exercitoire contre l'armateur [5]. Cette action, bien qu'elle soit donnée en faveur des tiers, a été cependant, en réalité, introduite dans l'intérêt des armateurs. En effet, comme les capitaines de navires étaient ordinairement des hommes peu solvables, voire même des esclaves, ils se seraient souvent trouvés dans l'impossibilité d'obtenir les fonds nécessaires pour sauver ou réparer le navire qui leur avait été confié, s'ils n'avaient pu engager le crédit de leur maître [6]. Ce ne fut donc que par suite d'un besoin réel que l'action exer-

[20] Fr. 13, § 25, D., *emti* 19, 1. — Fr. 1, § 18, D., *de exercitoria actione* 14, 1. — Fr. 1. 2, D., *de institoria actione* 14, 3. — Cf. ci-après, § 225, note 7.

† Gaius, IV, 69-74. — Tit. 1., *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur* 4, 7. — Titt. D., et C., *eodem* 14, 5 et 4, 26. — *Voy.* aussi les Titt. D., XIV, 1. 3. 4. XV, 1-4, et Tit. C., IV, 25.

[1] Gaius, IV. 71. — § 2, I., *h. t.* — Tit. D., *de exercitoria actione* 14, 1. — Tit. C., *de institoria et exercitoria actione* 4, 25.

[2] § 2, I., *quod cum eo qui in aliena potestate* 4, 7. « Exercitor appellatur is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. » — Fr. 1, § 15, D., *h. t.* « Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, *sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit,* vel ad tempus, vel in perpetuum. »

[3] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. » — Fr. 1, § 3, D., *eodem.*

[4] Fr. *h*, § 7-12, D., *h. t.* Quand il s'agit d'un emprunt d'argent ou de fournitures d'autres choses, faits pour la réparation du navire, le tiers n'a pas besoin de prouver que l'argent ou les fournitures ont réellement servi à cet usage; il suffit que le besoin ait existé et que le contrat ait été conclu. Fr. 1, § 8. 9. Fr. 7, pr. D., *h. t.* — Bien que le *magister* soit tenu de se conformer à la *lex præpositionis*, il lui est cependant permis, en cas de besoin, de se substituer une autre personne, quand même ses instructions le lui défendraient (Fr. 1, § 5, D., *eodem*), et de faire des actes non prévus par les instructions (Fr. 1, § 8. 9. 11, D., *eodem*).

[5] Fr. 1, § 17. 24. Fr. 5, § 1, D., *h. t.* L'*intentio* portait le nom du *magister* qui avait contracté, mais la *condemnatio* était conçue à charge de l'*exercitor*. Fr. 1, § 24, D., *h. t.* « Hæc actio ex persona magistri in exercitorem dabitur... » — Il va sans dire qu'il n'y avait pas d'action contre le *magister* esclave.

[6] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Utilitatem huius edicti patere, nemo est qui ignoret; nam, cum interdum

citoire fut établie. Aussi ne l'étendit-on point au delà des limites du nécessaire; et l'on resta longtemps avant de donner *extra ordinem* à l'armateur une action exercitoire contre les tiers à raison des engagements que ceux-ci avaient pu contracter avec le capitaine [7]. Plusieurs armateurs sont solidairement responsables [8].

2° Un moyen de droit analogue à celui dont nous venons de parler est l'*actio institoria* [9], par laquelle le négociant qui a préposé un agent ou facteur, *institor* [10], à la gestion d'un établissement industriel ou commercial, peut être poursuivi directement pour les dettes que l'*institor* a contractées dans les limites de ses instructions [11]. En général, l'action institoire est soumise aux mêmes règles que l'*actio exercitoria* [12]; elle se donne également au maître contre les tiers, mais seulement en

ignari, cuius sunt condicionis, vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, æquum fuit, eum qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur qui institorem tabernæ vel negotio proposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore. Quippe res patitur ut de condicione quis institoris dispiciat, et sic contrahat, in navis magistro non ita; nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. » — Cf. ci-après, note 8.

[7] Fr. 1, § 18, D., *h. t.* « Sed in contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut, si gratuitam, mandati agere potest. Solent tamen Præfecti propter ministerium annonæ, item in provinciis Præsides provinciarum extra ordinem eius iuvare ex contractu magistrorum. »

[8] Fr. 1, § 25. Fr. 2. 3. 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 27, § 8, D., *de peculio* 15, 1. Le motif de cette disposition est le même que celui qui a fait créer l'action (ci-dessus, note 6). En effet, le tiers avec lequel le *magister* a besoin de contracter, ne connaît peut-être qu'un seul des *exercitores;* c'est sur la foi de celui-là qu'il contracte, et il ne consentirait pas à le faire, s'il devait partager son action entre plusieurs personnes qui lui sont inconnues. Fr. 2, D., *cité.* Aussi la solidarité cesse-t-elle si les *exercitores* commandent le navire en personne. Fr. 4, pr. D., *eodem.* « Si tamen plures per se navem exerceant, *pro portionibus exercitionis* conveniuntur : neque enim invicem sui magistri videntur. » Cf. ci-après, § 227, B.

[9] Gaius, IV, 7. — § 2, I., *h. t.*, 4, 7. — Tit. D., *de institoria actione* 14, 3. — Tit. C., *de institoria et exercitoria actione* 4, 25.

[10] § 2, I., *h. t.* — Fr. 3. 5, pr. § 1-10. Fr. 18, D., *h. t.* 14, 3.

[11] Le Fr. 5, § 10, D., *h. t.*, qui a donné lieu à beaucoup de discussions, traite du cas suivant : « Un foulon, étant obligé de s'absenter pour quelques jours, avait chargé quelqu'un (soit l'un de ses ouvriers, soit un étranger) de la surveillance de son atelier. Pendant l'absence du foulon, un client remet à l'atelier des vêtements à nettoyer. L'ouvrier qui les a reçus (le préposé ou un autre ouvrier) s'enfuit, en emportant les vêtements. Le foulon est-il responsable du vol? Ulpien distingue : OUI, si le préposé avait le caractère d'*institor;* NON, dans le cas contraire. En effet, s'il n'y avait personne qui eût qualité de contracter au nom de l'absent, celui-ci n'a pu être obligé et le client a été imprudent de se fier à un simple ouvrier, fût-il chef d'atelier. » Cette décision est correcte et ne présente aucune difficulté au point de vue du droit. Mais, au point de vue du fait, on peut se demander : à quoi les clients et les tiers pouvaient-ils reconnaître si le préposé avait ou non le caractère d'*institor?* Cette question, Ulpien ne la touche pas : il est probable que les usages romains en rendaient la solution facile.

[12] Notamment les tiers ont le choix d'agir contre l'*institor* ou contre le maître (Fr. 17, § 1. Fr. 19, pr. D., *h. t.*); mais l'*institor* est plus rigoureusement lié par ses instructions que l'*exercitor*. Fr. 5, § 11-15. Fr. 11, § 5-8, D., *h. t.* — L. 1, C., *eodem.*

cas d'absolue nécessité [13]. Plusieurs maîtres sont tenus solidairement [14].

L'organisation particulière de la famille romaine donna également lieu à quelques actions analogues. D'après les principes rigoureux, les personnes soumises à notre puissance acquièrent forcément pour nous, mais elles ne peuvent nous obliger. Cependant, il est souvent dans notre propre intérêt de pouvoir être obligés par leur intermédiaire. C'est pourquoi le préteur créa les exceptions suivantes :

3° Quand le père de famille a chargé le fils ou l'esclave de contracter, ou quand il a ratifié la convention conclue par eux, le préteur donne contre lui l'*actio quod iussu*, par laquelle les tiers qui ont contracté avec le fils ou avec l'esclave peuvent poursuivre l'exécution entière de l'obligation contractée [15]. Plusieurs maîtres qui ont donné l'ordre sont solidairement responsables [16].

4° Les pères de famille avaient l'habitude de donner à leurs fils ou esclaves un petit patrimoine à exploiter, *peculium* [17]. La propriété de ce pécule restait au père ; mais le fils et l'esclave en avaient l'administration et pouvaient en disposer, pourvu que ce ne fût pas à titre gratuit [18]. En constituant le pécule, le père s'engageait implicitement à répondre des dettes que le fils ou l'esclave contracteraient dans l'administration légitime du pécule. Aussi le préteur accordait-il aux tiers qui avaient traité avec l'administrateur une action contre le père, *actio de peculio* [19]. Cependant, dans cette action, le père n'est tenu que jusqu'à concurrence

[13] Fr. 1. 2, D., *h. t.* « Æquum prætori visum est, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem præposuit, ut experiri possit : sed si quidem servum proprium institorem habet, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus ; si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficiatur, ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait : debere dari actionem ei, qui institorem præposuit in eos, qui cum eo contraxerint 2. eo nomine, quo institor contraxit, *si modo aliter rem suam servare non potest.* »

[14] Fr. 13, § 2. Fr. 14, D., *h. t.* Cf. Fr. 27, § 8, D., *de peculio* 15, 1. Le motif est le même que dans l'action exercitoire. Fr. 13, § 2, D., *cité.* « ... Exemplo exercitorum et de peculio actionis. » Cf. ci-dessus, note 6. — Le Fr. 14, D., *h. t.*, n'apporte aucune restriction à la règle : il dit tout simplement que toute dette, corréale ou non corréale, se divise entre les héritiers.

[15] Gaius, IV, 70. — *Codex Gregor.* III, 6. — § 1, I., *quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur* 4, 7. « Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, *in solidum* prætor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. » — Tit. D., *quod iussu* 15, 4. — Fr. 95, § 5, D., *de verborum obl.* 45, 1. — L. 4. 7, § 1. L. 8. 13, C., *quod cum eo qui in aliena potestate* 4, 26.

[16] Fr. 5, § 1, D., *h. t.* « Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. Sed si duo iusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus. »

[17] Fr. 5, § 3, D., *de peculio* 15, 1. « *Peculium* dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. » — Fr. 5, § 4, D., *eodem* (note 21). — Fr. 182, D., *de verb. signif.* 50, 16. — § 10, I., *de actionibus* 4. 6.

[18] *Voy.* ci-après, t. III, § 331.

[19] Si le contrat a été fait avec un esclave appartenant à plusieurs maîtres, l'*actio de peculio* est donnée contre chacun d'eux *in solidum*. Fr. 27, § 8, D., *de peculio* 15, 1.

du pécule au moment du jugement, à moins qu'il n'y ait dol de sa part[20]. Pour déterminer la valeur du pécule, il faut combiner l'actif et le passif; et, sous ce rapport, il y a ceci de particulier, que le père, quoique ne faisant qu'une personne avec le fils et l'esclave, peut faire valoir contre le pécule les créances qu'il a lui-même à charge de ces derniers, et qu'il a même le droit de les prélever avant tout autre créancier [21].

5° Une espèce particulière de l'*actio de peculio* est appelée *tributoria* [22]. Si le père de famille a donné au fils ou à l'esclave la permission de faire le commerce avec son pécule ou avec une partie du pécule, les créanciers de l'entreprise commerciale peuvent intenter cette action contre le père jusqu'à concurrence de la valeur du fonds de commerce et des bénéfices qui en sont provenus. Sous ce rapport, l'*actio tributoria* est moins avantageuse que l'*actio de peculio*, puisque cette dernière embrasse le pécule tout entier. Mais, sous un autre rapport, elle est plus favorable aux créanciers, parce que le père n'a pas le privilége de prélever ses créances : il doit contribuer d'une manière égale avec tous les autres créanciers, et c'est là ce qui a fait donner à l'action le nom qu'elle porte [23]. Si le fils ou l'esclave ont plusieurs établissements de commerce, la procédure se fait séparément pour chaque établissement [24]. Dans tous les cas, celui qui se fait payer en vertu de cette action doit donner caution de rapporter, en cas de besoin, aux autres créanciers qui surviendraient pour prendre part à la distribution [25].

6° Enfin, la forme la plus générale sous laquelle peut se présenter une action contre le père de famille, du chef d'obligations contractées par des personnes sous sa puissance, est l'*actio de in rem verso* [26]. Elle a lieu

[20] § 4. 5, I., *h. t.* — Fr. 5, pr. Fr. 30, § 6. 7. Fr. 31, D., *ae peculio* 15, 1. — Fr. 1, § 42, D., *depositi* 16, 3. — Pour constater la valeur du pécule, les créanciers peuvent recourir à des *interrogationes in iure*. Fr. 9, § 8, D., *de interrogatonibus in iure* 11, 1, et ci-dessus, t. I, § 68, Observation.

[21] § 36, I., *de actionibus* 4, 6. — § 4 in f., I., *h. t.* « ... Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino quive in potestate eius sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur... » — Fr. 5, § 4, D., *de peculio* 15, 1. « Peculium autem Tubero quidem sic definit... quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur... » — Fr. 9, § 2, D., *eodem.* — Fr. 11, § 7, D., *eodem.* « ... Quoniam non est in peculio quod domino debetur... » — Fr. 16, D., *de in rem verso* 15, 3. — L. 12, C., *quod cum eo* 4, 26. — Cf. ci-après, t. III, § 331, A.

[22] Gaius, IV, 72. 74. — § 3. 5, I., *quod cum eo* 4, 7. — Tit. D., *de tributoria actione* 14, 4.

[23] § 3, I., *cité.* « ... Ita prætor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores, pro rata portione distribuatur... » — Ajoutez Fr. 1, pr. Fr. 5, § 11-14. 19. Fr. 6. 12, D., *h. t.*

[24] Fr. 5, § 16, D., *h. t.*

[25] Fr. 5, § 19, D., *h. t.* — Fr. 6, D., *eodem.* « Non enim hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium. » Cf. Fr. 10. 52, D., *de peculio* 15, 1.

[26] Gaius, IV, 74. — § 4. 5, I., *quod cum eo* 4. 7. — Tit. D., *de in rem verso* 15, 3. — L. 1. 2. 3. 7, pr. L. 11, C., *quod cum eo* 4. 26.

toutes les fois qu'un acte, fait par le fils ou par l'esclave, avec l'intention d'agir en faveur du père [27], a réellement tourné au profit de ce dernier, *in rem versum*. Le père est alors tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a fait [28]. Le principe de cette action, d'abord restreint au père de famille et aux personnes sous sa puissance, a été généralisé par la suite et appliqué à toute *in rem versio*, même entre personnes qui ne sont unies par aucun lien de puissance, *liberæ personæ* [29].

Observation 1. Les commentateurs ont l'habitude de donner le nom *actiones adiectitiæ qualitatis* * aux actions dont il a été question dans le paragraphe qui précède. Ce nom vient de ce que ces actions, tout en ayant une nature particulière, supposent cependant essentiellement l'existence d'une autre action résultant de la convention que l'intermédiaire a contractée, et dont l'exécution est poursuivie par l'*actio adiectitiæ qualitatis* [30]. Ainsi, quand la dette contractée par l'*institor* ou par le fils de famille, etc., provient d'une vente, le principal ou le père seront poursuivis par l'*actio venditi*, qui prendra la qualification de *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso*, *exercitoria*, ou *institoria*, selon que l'*institor* ou le fils ont agi en l'une ou l'autre de ces qualités.

Observation 2. Il suffit de lire l'exposé que nous avons fait dans ce paragraphe pour se convaincre que, dans beaucoup de cas, les créanciers auront le choix entre plusieurs de ces actions. Chacune de ces actions a ses avantages et ses inconvénients, qu'il est impossible de signaler d'une manière générale et précise. Le choix à faire par le créancier dépendra donc des circonstances particulières de l'espèce. Les actions *exercitoria*, *institoria* et *quod iussu* ont l'avantage d'être données *in solidum*, c'est-à-dire pour le montant total de la créance [31], tandis que les autres ne font obtenir condamnation que jusqu'à concurrence du pécule, du fonds de

[27] Fr. 7, § 4. Fr. 10, § 5. 10, D., *h. t.*

[28] Cela doit être pris dans le sens le plus étendu. § 4, I., *cité*. — Fr. 3, § 1-10. Fr. 7. 8. 9. 10. 20. 21, D., *h. t.* — Fr. 17, D., *ad Sc. Macedonianum* 14. 6. Et il suffit qu'il y ait eu *in rem versio*, quand même l'avantage viendrait à disparaître par la suite. Fr. 3, § 7. 8. 10, D., *h. t.*

[29] Cette extension paraît avoir été admise déja du temps des jurisconsultes classiques (Arg. Papinien, Fr. 31, pr. D., *de negotiis gestis* 3, 5, et Fr. 82, D., *pro socio* 17, 2, ci-après, § 227, note 8); mais elle fut formellement consacrée par Dioclétien et Maximien, L. 7, § 1, C., *quod cum eo* 4, 26. « Aliquin si cum *libero* res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti ; pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. »

[30] Fr. 5, § 1, D., *de exercitoria actione* 14, 1. « ... Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur. »

[31] § 5, I., *quod cum eo* 4, 7. « Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit : sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit... » Cf. Gaius, IV, 74. — *Voy.*, sur le sens de la locution *in solidum*, ci-dessus, § 186, note 4.

commerce ou de ce dont le père se trouve enrichi. Mais, d'un autre côté, les premières supposent l'existence de certains faits qui ne sont pas nécessairement requis dans les actions *de peculio*, *tributoria* et *de in rem verso* [32].

Observation 3. Dans l'examen des diverses actions *adiectitiæ qualitatis*, nous avons vu que les tiers qui ont contracté avec un préposé de condition libre (ou un fils de famille) peuvent, à leur choix, agir contre ce dernier ou contre le maître dont il relève. C'est ce qui a engagé des jurisconsultes modernes à dire qu'il y a corréalité entre le maître et le préposé (ou le fils). Il n'est pas à méconnaître que la situation de ces deux personnages présente beaucoup d'analogie avec la situation de deux débiteurs solidaires, surtout en ce qui concerne les effets du lien obligatoire. Mais d'une part, l'analogie n'est pas complète [33]; d'autre part, il peut se faire et il arrive forcément dans bien des cas que la base fondamentale de la corréalité fasse défaut dans notre hypothèse, l'objet de la demande principale n'étant point identique avec l'objet de la demande dirigée contre le maître [34]. Il convient dès lors de s'abstenir d'une terminologie qui d'ailleurs ne présente aucune utilité.

§ 224. *Comment le mandat prend fin.*

1° Le mandat finit naturellement quand les deux parties sont d'accord pour le faire cesser; mais, de plus, chaque partie peut le résilier isolément. Ainsi, 2° le mandant peut révoquer le mandat quand il veut [1]. Tout

[32] Il se peut également que, le tiers ayant le choix entre les trois actions que nous avons nommées en dernier lieu, l'une lui soit plus favorable que l'autre. *Voy.* Gaius, IV, 74 in f., et § 5, *verbis* Is quoque I., *quod cum eo* 4, 7.—En ce qui concerne spécialement les rapports entre l'*actio de peculio* et l'*actio de rem in verso*, nous remarquons la particularité que ces deux actions avaient la même formule, en ce sens que la même *intentio* était suivie d'une *condemnatio* alternative, de manière à permettre au juge de condamner le défendeur, soit jusqu'à concurrence du pécule, soit en tant que l'opération eût tourné à son profit. Gaius, IV, 74. « ... Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur. » — § 4, I., *quod cum eo* 4, 7. « ... Itaque, si ex X utputa aureis, quos servus suus a Titio mutuo accepit, creditori tuo V aureos solverit, reliquos vero V quolibet modo consumserit, pro V quidem in solidum damnari debes (*scil.* quia in rem domini versum fuit), pro ceteris vero V eatenus, quatenus in peculio sit... Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum... » Cf. Fr. 36 in f. D., *de peculio* 15, 1. — Fr. 1, § 10, D., *quando de peculio actio annalis est* 15, 2. — Fr. 1, § 2. Fr. 14. 16. 17, § 1, D., *de in rem verso* 15, 3. — Fr. 19, D., *eodem*. « ... In quam actionem (de peculio) venit et quod in rem versum est. »

[33] Il est évident qu'une acceptilation consentie en faveur du maître (en admettant qu'elle ait pu avoir un effet libératoire pour le préposé) ne pouvait éteindre l'obligation de ce dernier quand celle-ci était plus étendue que celle du maître.

[34] Notamment dans les actions de *peculio, tributoria, de in rem verso*.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 204, note 10, et Gaius, III, 159. — § 9, I., *h. t.* — Fr. 1, § 2, D., *quod*

ce que le mandataire fait après la révocation ne produit point d'effet entre les deux parties, mais la révocation ne peut être opposée aux tiers qui ont agi avec le mandataire, sans avoir eu connaissance de sa révocation [2]. 3° Le mandataire peut renoncer au mandat, pourvu qu'il ne le fasse pas à un moment inopportun, ni au préjudice du mandant. Ces restrictions tombent ou disparaissent quand le mandataire a des motifs graves de se démettre du mandat [3]. 4° La mort du mandant met fin au mandat, ainsi que toute *capitis deminutio* qui prive le mandant de la faculté de disposer et de s'obliger. Mais, ni le mandataire, ni les tiers ne doivent souffrir un dommage, s'ils ont agi ignorant la mort du mandant [4]. Au reste, les parties peuvent convenir que les pouvoirs du mandataire ne cesseront pas par la mort du mandant, et pareille convention est sous-entendue quand l'affaire qui fait l'objet du mandat est de nature à ne devoir être faite qu'après la mort du mandant [5]. 5° Le mandat finit également par la mort du mandataire. Les héritiers ne sont pas saisis du mandat; ils ne peuvent même pas s'en saisir [6].

Du contrat de société. *Societas* †.

§ 225. *Notions et conditions requises.*

Le contrat de société existe lorsque deux ou plusieurs personnes, *socii*, s'engagent mutuellement à mettre en commun des moyens de production ou d'acquisition à l'effet de produire un résultat commun.

Pour qu'il y ait société, il faut donc :

1° Que chaque associé s'engage à apporter quelque chose [1]. Il n'est

iussu 15, 4. — Fr. 12, § 16, D., *h. t.* La révocation peut se faire tacitement, par exemple, en constituant un autre mandataire. Fr. 31, § 2, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Rappelons cependant que le mandat donné à l'effet de constituer un *procurator in rem suam*, c'est-à-dire d'opérer cession d'une action est irrévocable. Ci-dessus, § 187, note 6.

[2] § 9. 10, I., *h. t.* — Fr. 12, § 16, D., *eodem* 17, 1. — Fr. 12, § 2. Fr. 34, § 3. Fr. 38, § 1. Fr. 51, D., *de solutionibus* 46, 3.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 204, note 10, et § 11, I., *h. t.* et Théophile *ad h. l.* — Fr. 22, § 11. Fr. 23. 24. 25. Fr. 27, 1, D., *eodem.* — Cf. Paul, II, 15, 1 et Fr. 17, § 3, D., *commodati* 13, 6. « ... Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare... »

[4] § 10, I., *h. t.* — Fr. 26, pr. § 1. Fr. 58, pr. D., *eodem.* — Fr. 41, D., *de reb. cred.* 12, 1. Fr. 19, § 3 in f. D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 33, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 32 in f. D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 15, C., *mandati* 4, 35. « Mandatum re integra domini morte finitur. »

[5] Fr. 12, § 17. Fr. 13. Fr. 27, § 1, D., *mandati* 17, 1.

[6] Gaius, III, 160. — § 16, I., *h. t.* — Fr. 27, § 3, D., *eodem.* « Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum, et ob id heres eius, licet exsecutus fierit mandatum, non habet mandati actionem. » — Cf. Fr. 14, D., *eodem.* — Fr. 40, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 1, pr. D., *de fideiussoribus tutorum* 27, 7.

† Gaius, III, 148-154. — Paul, II, 16. — Tit. I, *de societate* 3, 25. — Tit. D., *pro socio* 17, 2. — Tit. C., *eodem* 4, 37.

[1] Cette proposition est élémentaire et paraît presque triviale : elle n'en est pas moins très-

pas nécessaire que les divers apports soient de même nature ni de même valeur : l'un des associés peut apporter de l'argent, un autre des immeubles, d'autres des marchandises, d'autres enfin leur travail ou leur industrie [2]. Mais il faut que chacun contribue, autrement il y aurait donation et non pas société [3].

2° Que ces engagements se contractent *societatis contrahendæ causa* [4], c'est-à-dire en vue d'obtenir un résultat [5] commun par des opérations faites dans l'intérêt commun [6]. Le but social consiste ordinairement à

importante, surtout dans les cas où un apport promis se trouve n'avoir aucune valeur. Exemples : l'hérédité de Titius ou un fonds de commerce, dont l'actif est absorbé ou même dépassé par le passif; un brevet d'invention qui est frappé de nullité; une créance dont le débiteur est absolument insolvable.

[2] Gaius, III, 149. — § 2, I, *h. t.* « ... Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit : quia sæpe opera alicuius pro pecunia valet. » — Fr. 5, § 1. Fr. 6 in f. Fr. 29, pr. Fr. 52, § 2, 7. Fr. 71, pr. Fr. 80 in f. D., *h. t.* — Fr. 13, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 1, C., *h. t.*

[3] Fr. 16, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 5, § 2, D., *h. t.* « Donationis causa societas recte non contrahitur. » — Fr. 32, § 24, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. « Nulla societas est, quæ donationis causa interponitur. » — Fr. 35, § 5, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6. « Si quis societatem per donationem mortis causa inierit : dicendum est, nullam societatem esse. » — Rien, au reste, ne s'oppose à ce que la même convention renferme un contrat de société et une donation : A, B, C conviennent de faire exploiter un commerce par un facteur, sans qu'aucun des contractants prenne part à la gestion. A et B s'engagent à mettre chacun 10,000 francs, C n'apportera rien. Les bénéfices seront partagés par tiers, les pertes supportées exclusivement par A et B. Dans cette espèce, il y a société entre A et B, et donation à l'égard de C.

[4] *Affectione societatis; animo contrahendæ societatis; societatis contrahendæ causa.* Fr. 31. 44. 52, § 3, D., *hoc titulo.*

[5] Il ne suffit pas d'un but commun. Exemples : Nous convenons de verser chacun 20 francs pour faire une partie de campagne : ici il n'y a pas même un *negotium.* — Nous convenons d'acheter ou de louer ensemble un fonds : ici il y a bien un *negotium* et un but commun ; mais ce que nous avons en vue est un simple état de choses, et non pas un résultat à obtenir par des opérations à faire dans l'intérêt commun. Fr. 31. 32. 33. 52, pr. D., *h. t.* Cf. L. 2, C., *eodem.*

[6] C'est bien là l'élément essentiel de l'*animus contrahendæ societatis,* mais le même élément peut se rencontrer dans d'autres opérations. Aussi peut-il être parfois douteux si une convention donnée, renfermant cet élément, doit être considéré comme formant une société ou bien un contrat d'un autre genre. Nous avons vu, au § 216, notes 29. 39, que le bail partiaire et particulièrement le cheptel partiaire participent plus ou moins de la nature de la société. Cf. L. 8, C., *de pactis* 2, 3, combinée avec Fr. 52, § 2. 3, D., *h. t.* — Les Fr. 44, D., *h. t.* et Fr. 13, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5, parlent d'une hypothèse où la convention peut constituer un contrat de société ou un contrat innommé. — De nos jours aussi se présentent fréquemment des cas où l'on peut hésiter entre une *locatio conductio operarum* et un contrat de société. Un négociant s'adjoint un homme expérimenté qui promet son travail moyennant une somme d'argent déterminée et une part dans les bénéfices du négoce. Y a-t-il ici salaire, composé de deux éléments, et par conséquent louage de services? Ou bien y a-t-il société, la somme d'argent déterminée n'étant qu'un supplément ajouté à la participation au résultat commun? La solution dépend de l'intention des parties, de la question de savoir s'il y a eu *animus contrahendæ societatis,* lequel *animus,* au reste, ne se présume pas à cause des particularités qui distinguent le contrat de société. *Voy.* le paragraphe suivant. — On comprend l'importance de la question. La société se forme par la simple convention, tandis que le contrat innommé suppose une prestation faite; dans la société, chaque associé a le droit de gérer et de s'opposer à une gestion qui lui paraît inopportune (§ 226, notes 6. 7); la responsabilité dans la société est soumise à des règles particulières (§ 226, n° 3); les associés

faire un gain, mais cela n'est pas absolu [7]; il suffit que les associés en contractant aient eu en vue un résultat quelconque, appréciable au point de vue économique [8], et que ce résultat soit destiné à devenir commun [9]. Une convention par laquelle plusieurs personnes mettraient en commun des moyens d'acquisition et de production, sans que toutes aient droit au résultat de l'opération, est contraire à l'essence de la société et frappée de nullité. Les anciens appelaient cette convention *société léonine* [10].—Il va sans dire que la société ne peut avoir un but illicite ni contraire aux bonnes mœurs [11].

3° Le consentement des parties, qui peut être donné tacitement [12]. Le consentement doit porter sur l'intention de faire des apports en vue de participer au résultat à obtenir par des opérations faites dans l'intérêt commun [13]. Il peut être pur et simple ou être soumis à l'accomplissement d'une condition [14].

Parmi les diverses espèces de sociétés qui peuvent se présenter, les Romains distinguent particulièrement celle dans laquelle les associés entendent mettre en commun tous leurs biens présents et à venir et que

jouissent entre eux du bénéfice de compétence (§ 226, note 28); la société finit de diverses manières non admises dans d'autres contrats (§ 228), etc. Cf. aussi Fr. 33, in f. D., *h. t.*

[7] Fr. 52, pr. § 12. 13, D., *h. t.* « 12. Item, si in communem rivum reficiendum impensa facta fuerint, pro socio esse actionem ad recuperandum sumtum, Cassius scripsit. » — Exemples modernes : les sociétés d'assurances mutuelles, les sociétés d'agrément, etc.

[8] C'est-à-dire, donnant des avantages que nous ne pourrions nous procurer, en dehors de la société, qu'au moyen de sacrifices pécuniaires ou au moins matériels. Cf. la fin de la note précédente.

[9] Cette condition est de rigueur, et la convention qui aurait pour effet d'exclure d'une manière absolue l'un ou l'autre des contractants de la participation aux avantages qui constituent le résultat des opérations sociales, serait contraire à l'essence de la société. *Voy.* la note suivante. Mais le mode et les proportions de la participation de chacun des associés peuvent varier à l'infini. *Voy.* ci-après, § 226, n° 4. La participation peut même dépendre d'une condition. Fr. 44. 57, § 2, D., *h. t.*

[10] Ce nom est tiré de la fable d'Ésope que la Fontaine a traitée sous le titre : *La Génisse, la Chèvre et la Brebis en société avec le Lion*, livre I, fable 6. Fr. 29, § 2, D., *h. t.* « Aristo refert, Cassium respondisse societatem talem esse non posse ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem *leoninam* solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret ; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. » C'est à tort que beaucoup de jurisconsultes appliquent le terme « société léonine » à toute convention de société qui renferme des dispositions préjudiciables à l'une ou l'autre des parties contractantes : ce terme et la nullité qui y est attachée ne s'appliquent qu'aux hypothèses dans lesquelles l'une des parties est absolument exclue de toute participation aux bénéfices. *Voy.* ci-après, § 226, n° 4.

[11] Fr. 3, § 3, D., *h. t.*, ci-dessus, § 202, note 40. — Fr. 57, D., *eodem.* — Fr. 1, § 14, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — Fr. 70, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

[12] Fr. 4, pr. D., *h. t.* « Societatem et RE et verbis et per nuntium posse nos coire dubium non est. » Les mots ET RE veulent dire : par la force des choses, c'est-à-dire tacitement.

[13] Fr. 31. 32. 37. 44. 52, § 3, D., *h. t.* Cf. Fr. 13, D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

[14] Fr. 1, pr. D., *h. t.* — JUSTINIEN. L. 6, C., *eodem.* « De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest... Sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione... »

nos lois appellent *societas totorum, omnium* ou *universorum bonorum, societas universarum fortunarum* [15]. Comme cette hypothèse présente diverses particularités qui la font différer sensiblement des autres espèces, nous lui consacrerons ci-après un paragraphe spécial [16]. — Les sociétés qui n'embrassent point tous les biens des associés peuvent avoir pour objet soit une seule opération déterminée ou une catégorie d'opérations déterminées, *societas rei unius* ou *negotiationis alicuius*, soit tous les gains et acquêts que les associés pourront faire par leur activité et au moyen de leurs biens actuels [17]. On a l'habitude d'appeler cette dernière hypothèse la société universelle des gains, *societas universorum quæ ex quæstu veniunt*. Si le contrat ne désigne pas spécialement les opérations qui doivent faire l'objet de la société, les parties sont présumées y comprendre tous les gains, *omnia quæ ex quæstu veniunt* [18]. Elles sont dès lors tenues de mettre en commun tout ce qui est produit par leur activité et par les choses acquises au moyen de leur activité : mais la société ne se rapporte point aux biens que les associés possèdent lors de la formation de la société, ni aux dettes qui leur incombent dans ce moment; elle ne comprend pas davantage les acquisitions qu'ils peuvent faire ultérieurement à titre gratuit, comme par donation ou par succession à cause de mort [19]. — En dehors de ces divisions, consacrées par nos sources, les auteurs modernes en ont créé diverses autres, plus ou moins arbitraires, qu'il est inutile de mentionner [20].

[15] Gaius, III, 148. — Pr. 1., *h. t.* « Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant : aut unius alicuius negotii... » — Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 1. Fr. 5, pr. D., *eodem.* « Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius, sive vectigalis, sive etiam rei unius. » — Fr. 65, pr. D., *eodem.* — Fr. 73, D., *eodem.* « Si societatem universarum fortunarum coierint... »

[16] *Voy.* ci-après, § 230.

[17] *Voy.* les passages cités à la note 15, et Fr. 7-13, D., *h. t.*

[18] Fr. 7. 8, D., *h. t.* « VII. Coire societatem et simpliciter licet. Et si non fuerit distinctum, videtur coita esse *universorum quæ ex quæstu veniunt* : hoc est, si quod lucrum ex emtione, venditione, locatione, conductione descendit. VIII. Quæstus enim intelligitur, qui ex opera cuiusque descendit. » — Fr. 13, D., *eodem.* — Il va sans dire que la *societas totorum bonorum,* impliquant l'aliénation du patrimoine entier de chaque contractant, ne se présume jamais et ne doit être admise que lorsque l'intention des parties est exprimée de la manière la plus certaine. Arg. Fr. 3, § 1. Fr. 73, D., *h. t.*

[19] Fr. 7-13. Fr. 52, § 8. Fr. 60. 71, § 1, D., *h. t.* — Fr. 45, § 2, D., *de adquir. hereditate* 29, 2. — Il va sans dire que la société ne comprend point ce qu'un associé acquerrait au moyen d'un délit. Fr. 53, D., *h. t.*, et ci-après, § 230, note 3.

[20] Il importe de faire observer ici que les divisions romaines dont nous avons donné l'explication ne sont point, malgré la similitude des termes, identiques avec celles que le Code civil français consacre aux articles 1835 à 1842. Spécialement la société universelle des biens du droit français diffère essentiellement de la *societas totorum bonorum,* en ce qu'elle ne peut comprendre que les biens présents et les profits à tirer de ces biens (C. N., art. 1837), tandis que cette dernière embrasse tous les biens présents et à venir. La société universelle des gains du droit français, que le législateur oppose conjointement avec la société universelle des biens aux sociétés particulières qui ne s'appliquent qu'à certaines choses déterminées, est également régie par

§ 226. *Effets du contrat de société.* — A) *Entre les associés.* Actio pro socio.

1° Chaque associé est tenu d'apporter ce qu'il s'est engagé à mettre dans la société et de garantir son apport. L'apport des choses corporelles s'effectue par la tradition des choses, l'apport des créances par cession ou délégation, celui de l'industrie par l'exécution des travaux promis et dus [1]. Pour déterminer l'étendue de l'obligation de garantie, il importe de distinguer si c'est la propriété ou seulement la jouissance des objets apportés que les associés ont entendu mettre en commun [2]. Dans le premier cas, la garantie devra être jugée, en général, d'après des principes qui régissent les *obligationes dandi ;* dans le second, il faudra appliquer les règles consacrées pour le louage des choses [3]. La solution de la question de savoir si c'est la propriété ou seulement la jouissance que les associés ont voulu mettre en commun, dépend des faits. Si l'intention des parties ne résulte pas de la convention même [4] ou des circonstances,

d'autres principes que la *societas omnium quæ ex quæstu veniunt,* telle que les Romains la définissent. De ces différences, il s'ensuit entre autres que la présomption romaine énoncée à la note 18 n'est point admissible dans la législation française, qui en consacre une autre toute différente à l'article 1839. — Quant à la division française en société civile et société commerciale, et aux subdivisions des sociétés commerciales, elles sont entièrement étrangères au droit romain, bien que nous y trouvions des associations qui présentent une certaine analogie avec nos sociétés anonymes, par exemple, les associations des publicains pour la perception des impôts. *Voy.* t. I, § 108, et ci-après, § 227, note 1 et § 228, note 8.

[1] Fr. 52, § 8. 13. Fr. 58, § 2. Fr. 71, pr. Fr. 73, D., *h. t.* et *passim. Voy.* aussi ci-après, § 230, notes 4 sqq.

[2] Cette question est encore importante et décisive pour les risques et périls (ci-après, notes 14-18). Elle peut également être importante pour les reprises sociales après la dissolution de la société. *Voy.* ci-après, § 229, notes 5-12.

[3] L'application des règles du louage ne présente aucune difficulté, et nous pouvons, sous ce rapport, nous borner à renvoyer au § 216, notes 10 à 15. — Dans le cas où l'associé est tenu d'apporter la propriété, il y a, comme dans les *obligationes dandi,* recours dès qu'il est certain que la chose apportée appartient à autrui, sans que la société soit obligée d'attendre l'éviction (§ 244, notes 7. 8); cependant, comme, dans la société, le but de l'apport est bien moins de *faire avoir* la chose apportée que de la *faire servir* au but social, nous pensons qu'il faudra permettre à l'associé dont l'apport a été évincé de le remplacer, sauf à répondre du dommage que la société a pu éprouver par l'éviction. En ce qui concerne la garantie des défauts, bien que les principes généraux souffrent également application (Arg. Fr. 1, § 2, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1), il est hors de doute que les actions édilitiennes, spécialement créées pour la vente, ne sont point admissibles dans notre matière. Cf. ci-dessus, § 213, Obs. 2. Si le défaut, quelque considérable qu'il soit, n'empêche point l'usage social auquel la chose doit servir, la société n'a point à se plaindre. Dans le cas contraire, il y aura lieu à l'*actio pro socio* pour obtenir une indemnité équivalente au préjudice que le défaut cause à la société. Que si, dans un cas donné, les défauts sont tels, qu'ils rendent impossible la réalisation du but social, il faudra bien admettre la dissolution de la société. *Voy.* ci-après, § 228 *in fine.*

[4] Pour exprimer l'apport avec l'intention de mettre en commun la propriété des choses appor-

il faut, dans le doute, présumer l'apport de la propriété en ce qui concerne les choses fongibles et celles dont l'usage n'est pas possible sans consommation; tandis que la présomption contraire doit, en général, être admise à l'égard des immeubles, des instruments de travail et d'autres objets qui peuvent faire atteindre le but de la société sans qu'une communication de propriété soit nécessaire [5]. — 2° Chaque associé peut gérer les affaires communes conformément au but de la société [6]; mais cette faculté cesse par l'opposition de tout autre associé [7]. L'associé qui a géré pour la société doit naturellement rendre compte de sa gestion et remettre tout ce qu'il a reçu de ce chef [8]. Mais, par contre, les associés sont tenus de lui rembourser les frais qu'il a faits pour la société avec les intérêts, de l'indemniser des pertes qu'il a subies dans l'intérêt commun, et de le décharger de toutes les obligations qu'il a contractées en agissant pour la société [9]. — 3° Dans l'exécution des obligations que nous venons d'exposer, les associés sont tenus de toute faute [10]; cependant ils peuvent se soustraire à la responsabilité d'une faute légère qu'ils auraient commise, s'ils prouvent qu'ils ont employé au moins les soins qu'ils ont

tées, les Romains se servent de préférence du mot COMMUNICARE. GAIUS, III, 151. — Fr. 5, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 34, D., *de servitutibus præd. rustic.* 8, 3. — Fr. 58, pr. Fr. 74, D., *pro socio* 17, 2, et *passim.*

[5] Arg. Fr. 52, § 2. 3, D., *h. t.* — Fr. 58, § 1, D., *eodem.* « Item Celsus tractat : si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea? Et ait : si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, utputa si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit; si vero, ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit. » — Fr. 13, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. *Voy.* aussi ci-après, note 16, et § 229, note 7.

[6] Le droit romain ne consacre point cette règle d'une manière expresse, comme le fait le Code Napoléon, art. 1859; mais elle résulte de la nature des choses et des diverses décisions que nos sources contiennent à l'égard de la responsabilité respective des associés.

[7] Arg. Fr. 28, D., *comm. divid.* 10, 3. « ... In re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse : *in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat.* » — Il va sans dire : 1° que pareille opposition, pour être efficace, ne doit pas se trouver en contradiction avec les termes du contrat; 2°, que les actes faits par un seul associé en dehors des limites du but social, sont sans valeur à l'égard des autres, sans qu'ils aient besoin d'y former opposition. Fr. 16, D., *de rebus creditis* 12, 1; enfin 3° que les parties peuvent, par des convention particulières, déroger aux règles légales.

[8] Fr. 9, pr. D., *de edendo* 2, 13. — Fr. 21. 38, § 1. Fr. 52, pr. Fr. 67, pr. § 1, D., *h. t.* — Fr. 74, D., *eodem.* « Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis iudicio cogitur rem communicare. » Cf. Fr. 11, D., *communi dividundo* 10, 3; L. 4, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38, et L. 8, C., *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit* 4, 50.

[9] Fr. 38, § 1. Fr. 52, § 4. 10. 12. 15. Fr. 60, § 1. F. 61. 63, § 5. Fr. 67, pr. § 2, D., *h. t.* — Fr. 4, § 3. Fr. 11, D., *communi dividundo* 10, 3. — Cf. ci-dessus, § 221, note 17.

[10] PAUL, II, 16. — § 9, I., *h. t.* — Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 23, pr. in f. Fr. 52, § 2. 3. 11, D., *h. t.* — L'associé coupable n'est point admis à compenser avec le dommage causé par sa faute le profit que son industrie aurait procuré dans d'autres affaires. Fr. 23, § 1. Fr. 25. 26, D., *h. t.* Mais *voy.* Fr. 10, pr. D., *de compensationibus* 16, 2.

l'habitude d'apporter dans la gestion de leurs propres affaires, *diligentia qualem suis rebus adhibere solent* [11]. L'associé en demeure de verser des sommes qu'il doit à la société est obligé d'en payer l'intérêt [12], et la même obligation incombe de plein droit à celui qui a indûment disposé, dans son intérêt, des fonds sociaux [13]. Quant au cas fortuit, il a naturellement pour effet de libérer la partie qu'il met dans l'impossibilité d'exécuter les obligations qui lui incombent [14]. Ainsi, l'associé qui s'est engagé à faire l'apport d'une chose individuellement déterminée ou à fournir son industrie, cessera d'être obligé si la chose périt fortuitement ou si un cas de force majeure le met dans l'impossibilité de fournir les travaux promis [15].

[11] Quelques jurisconsultes paraissent n'avoir imposé aux associés que la responsabilité de leur dol et de leurs fautes lourdes. § 9, I., *h. t.* et Fr. 52, § 2, D., *h. t.* Mais l'opinion plus rationnelle de Celsus, d'après laquelle les associés sont tenus même de leurs fautes légères, finit par prévaloir, toutefois avec le tempérament de la *diligentia qualem suis rebus adhibere solent*, dont nous avons fait connaître ci-dessus (§ 173, notes 15 sqq. et § 174, II) les motifs et l'importance pratique. § 9, I., *h. t.* — Fr. 72, D., *eodem.* — Fr. 18, pr. in f. D., *commodati* 13, 6. — Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50. 17, ci-dessus, § 174, note 17. C'est à tort que l'on a soutenu que ce tempérament cessait quand l'associé-gérant avait reçu des choses avec estimation, *res æstimatæ*. Le Fr. 52, § 3, D., *h. t.*, qu'on invoque à l'appui de cette opinion, a une tout autre portée : il n'exclut pas plus que les autres textes cités à la note 10 le tempérament indiqué ; mais il déclare que, malgré l'estimation, l'associé-gérant n'a pas à supporter les risques et périls, comme dans le cheptel, dans le commodat, etc. La raison de cette différence est que, dans ces derniers cas, l'estimation ne peut guère avoir d'autre but que de mettre le *periculum* à la charge de celui qui reçoit, tandis que, dans le Fr. 52, § 3, D., *cité*, non-seulement elle peut avoir un autre but, mais elle était même nécessaire pour constater le bénéfice réalisé, qui se compose, en effet, de l'augmentation de valeur que les bestiaux ont gagnée par l'engraissage. C'est pourquoi ce texte dit : « Ideoque, si pecus æstimatum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius qui æstimatum pecus accepit.... Hæc vera sunt... si modo *societatis contrahendæ* causa pascenda data sunt (pecora), *quamvis æstimata*. » *Voy.* ci-dessus, § 177, note 16.

[12] Fr. 60, pr D., *h. t.* Ce texte parle, à la vérité, du cas où « socius in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, *cum ea pecunia ipse usus sit*. » Mais le fait d'avoir employé l'argent à son propre usage est, dans ce texte, mentionné explicativement et à titre d'exemple, sans constituer une condition essentielle de la décision dont il s'agit ; car la seule demeure suffit pour faire naître l'obligation de payer l'intérêt, quel que soit l'usage que le débiteur ait pu faire de l'argent. *Voy.* ci-dessus, § 180, note 9 et § 182, note 12.

[13] Nous disons : DES FONDS SOCIAUX *dont l'associé a indûment disposé*. Fr. 1, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « ... Quod *pecuniam communem* INVASERIT... » Car l'usage que l'associé ferait des fonds qu'il a reçus pour la société, mais qu'il n'a pas encore rendus sociaux en les versant dans la société, ne le rend passible d'aucuns dommages et intérêts, tant qu'il n'est pas constitué en demeure; mais il va sans dire qu'en disposant de ces fonds, il le fait à ses risques et périls. Fr. 67, § 1, D., *h. t.* « Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam feneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine feneraverit : nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. » Cf. Fr. 16, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[14] Rappelons ici l'observation élémentaire que nous avons déjà faite à plusieurs reprises, notamment § 177, note 16, et § 191, notes 4. 5, savoir qu'il ne peut y avoir libération par cas fortuit que dans les *obligationes speciei*. Fr. 58, § 1, D., *h. t.*, ci-dessus, note 5.

[15] Arg. Fr. 58, pr. *verbis* Ceterum si id D., *h. t.* (ci-après, note 17). Cf. ci-dessus, § 173, note 18 et § 177, notes 1-5. — Cependant, si la perte de la chose rend impossible en tout ou en

Par contre, la société, tout en supportant la perte fortuite des choses dont la propriété lui appartient [16], sera libérée si elle se trouve, par force majeure, dans l'impossibilité de restituer après sa dissolution les choses dont la jouissance seulement a été apportée, et qui dès lors devraient être restituées *in specie* à celui qui en a fait l'apport. Conformément aux principes généraux, la libération que le cas fortuit amène en faveur de la partie qui se trouve mise dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation, n'en laisse pas moins subsister les droits qui lui compètent, à charge des autres parties [17], sauf toutefois le cas où l'obligation de la partie libérée avait seulement pour objet la jouissance de la chose périe. Dans cette hypothèse, en effet, l'associé qui devait fournir la jouissance ne sera point, à la vérité, tenu de payer des dommages et intérêts; mais, par analogie de ce qui est de droit dans le louage des choses, il sera déchu des avantages sociaux qui lui revenaient en échange de la jouissance qu'il devait fournir et qu'il ne fournit plus [18]. — 4° Le résultat de la société est commun à tous les associés, tant pour les bénéfices qu'elle produit que pour les pertes qu'elle entraîne [19]. Les parties peuvent cependant convenir que l'un des contractants sera exempt des pertes sans éprouver une diminution dans les bénéfices [20]. Seulement, dans ce cas comme dans tous les autres, on évalue les résultats sociaux dans leur ensemble, en compensant les gains faits dans une opération avec les pertes essuyées dans une autre, de sorte que l'associé favorisé ne pourra réclamer sa

partie la réalisation du but social, il peut se faire, soit que la société se trouve dissoute ou ne vienne pas à existence, soit que l'associé qui ne peut réaliser son apport subisse une diminution de sa part sociale. Cf. ci-après, § 228, B, 4 et ci-dessus, § 216, notes 12 et 19.

[16] Fr. 58, pr. *verbis* Si igitur. § 1, D., *h. t.* *Voy.* la note suivante.

[17] Pourvu que la perte de la chose ne rende pas impossible la réalisation du but social. Fr. 58, pr. D., *h. t.* « ..... Cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se, Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim *habendæ* quadrigæ, sed *vendendæ* coitam societatem. Ceterum, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. » *Voy.*, pour l'intelligence de ce texte, ci-après, § 228 *in fine*.

[18] Fr. 58. pr. D., *cité*. « .... Cum tres equos..... coitam societatem. » Cf. ci-dessus, § 216, notes 12. 18-20.

[19] Paul, II, 16. – § 2, I., *h. t.* – Fr. 29, § 1, 2. Fr. 52, § 4 in f. D., *eodem*. — L'insolvabilité d'un associé est considérée comme un *damnum* à partager entre tous. Fr. 67, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 63, § 5, D., *eodem*, ci-après, note 27.

[20] Gaius, III, 149. « Magna autem quæstio fuit an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni præstet; quod Quintus Mucius etiam (*contra naturam societatis esse censuit. Sed Servius Sulpicius, cuius*) prævaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit ut dixerit illo quoque modo coiri posse ut quis nihil omnino damni præstet, sed lucri partem capiat : si modo (ci-après, notes 22. 23) opera eius tam pretiosa videatur, ut æquum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit : sæpe enim opera alicuius pro pecunia valet. » (§ 2, I., *h. t.*)–Fr. 29, § 1. D., *eodem*.–Fr. 30, D., *eodem*, à la note suivante.

part de bénéfice que si la somme totale des gains excède celle des pertes[21]. En ce qui concerne la quotité des parts qui reviennent à chaque associé, il faut distinguer. Si les parties les ont fixées d'avance par une convention particulière (et, à cet égard, elles ont toute liberté, pourvu que la convention n'ait pas un caractère léonin, excluant l'un ou l'autre des associés de toute participation aux bénéfices [22]), cette disposition tient lieu de loi entre elles [23]. A défaut de conventions à cet égard, les parts

[21] Fr. 30. D., *eodem.* « Mucius... scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait : non posse societatem ITA contrahi (c'est-à-dire : que la convention telle que Mucius l'entend, *ita ut Mucius intelligit*, ne saurait être conclue, parce qu'elle serait éventuellement léonine ; mais que la clause dont il s'agit doit être entendue tout autrement) : *neque enim lucrum intelligi, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni* lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. » — § 2 in f. I., *eodem.* « .... Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum, sit compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucro esse. » Cf. THÉOPHILE, *ad h. l.*

[22] *Voy.* ci-dessus, § 225, note 10. Nous ne pouvons assez insister sur ce point, par la raison que l'on a souvent tiré des conséquences erronées des deux phrases de GAIUS, III, 149 et ULPIEN, Fr. 29, pr. D., *h. t.*, qui commencent par les mots SI MODO. Cf. note 20 et la note suivante. Ajoutons que la part d'un associé dans les bénéfices peut être dépendante d'une condition (ci-dessus, § 225, note 9) et que, notamment, dans cet ordre d'idées, on peut parfaitement bien convenir que l'un des associés prélèvera, avant tout, une somme d'argent, comme une espèce de salaire, et que le partage des bénéfices n'aura lieu qu'après ce prélèvement.

[23] GAIUS, III, 150. — § 1, I., *h. t.* « .... Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent : nec enim umquam dubium fuit quia valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duæ partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia. » — § 2, I., *eodem*, et ci-dessus, note 20. — ULPIEN, Fr. 29, pr. D., *h. t.* « Si non fuerint partes societati adiectæ, æquas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, SI MODO aliquid plus contulit societati vel pecuniæ, vel operæ vel cuiuscumque alius rei. » La restriction qu'Ulpien apporte à notre proposition « SI MODO » ne doit pas être entendue en ce sens que la réalisation d'un apport plus considérable serait une condition *sine qua non* de la validité ou de l'efficacité de la clause, de façon qu'il serait permis à l'un des associés de contester *ex post*, lors du règlement des bénéfices, la part de l'autre, sous le prétexte que l'apport de ce dernier n'aurait pas eu la valeur qu'on lui croyait au moment de conclure la société. La restriction formulée par Ulpien, qui se retrouve dans des termes analogues chez GAIUS, III, 149, ci-dessus, note 20, où il s'agit de la clause qui affranchit de la contribution aux pertes (chez Gaius la rédaction est plus exacte : *si modo opera eius tam pretiosa videatur ;* chez Ulpien, la pensée plus complète : *vel operæ vel cuiuscumque alterius rei causa*) dit tout simplement que les deux clauses dont il s'agit ne valent comme conventions sociales que lorsqu'elles sont consenties en vue et en échange d'un autre avantage social quelle qu'en soit la nature ; sauf à prendre un autre caractère, par exemple, celui d'une libéralité si cette intention fait défaut. Deux exemples suffiront pour éclaircir la question : 1° A et B, apportant chacun une somme égale d'argent sans travail ni industrie (les opérations sociales étant exclusivement confiées à un employé salarié), conviennent que les pertes seront supportées par parts égales, mais que les bénéfices seront partagés, de façon que A en aura un tiers et B les deux autres tiers. Il est évident que le sixième que B reçoit au delà de la moitié constitue une libéralité ; ce qui, au reste, n'empêche pas que la convention soit pleinement valable et efficace, à moins qu'il n'y ait dans l'espèce un obstacle particulier. 2° Ayant connaissance d'une mine qui présente un avenir brillant et dont l'exploitation (j'en ai la conviction intime, pour ne pas dire la certitude) donnera des bénéfices énormes, j'ai obtenu une promesse de vente. Malheureusement, le délai fixé dans cette

sont égales pour tous les associés[24]. Enfin, si le contrat confère la fixation des parts à l'arbitrage d'un tiers, ou même de l'un d'entre eux[25], les associés sont tenus de se soumettre à la décision de l'arbitre; cependant la loi impose à celui-ci le devoir de juger *ad boni viri arbitrium*, ce qui implique le devoir de proportionner équitablement les parts aux mises sociales[26], et elle donne aux parties le droit de déférer à la censure de la juridiction ordinaire tout arbitrage qui paraîtrait inique à l'une ou

promesse est près d'expirer, et j'ai à peine la moitié de la somme qu'il faudrait pour acquérir la mine et pour en commencer l'exploitation. Ayant en vain frappé à toutes les portes pour obtenir l'argent nécessaire à cet effet, je rencontre un ami qui paraît disposé à s'associer à l'entreprise. Cependant il est effrayé des chances de perte qu'elle peut présenter. Pour vaincre ses craintes, je prends à ma charge toutes les pertes (concession qui mérite à peine ce nom, puisque j'ai la certitude qu'il n'y en aura pas), et comme il hésite encore, je lui offre, malgré l'égalité des apports, les 3/5 des bénéfices, m'estimant heureux d'obtenir à ce prix une coopération sans laquelle je perdrais une occasion magnifique de faire fortune. Quel que soit le résultat de la société, il est évident que non-seulement l'équité permet que notre convention soit fidèlement exécutée, mais que toutes les règles de la justice et de l'équité seraient violées si l'on me permettait de contester les droits de mon associé, en soutenant *quod non contulerit plus pecuniæ vel operæ*.

[24] Fr. 29, pr. D., *h. t.* « Si non fuerint partes societati adiectæ, *æquas* esse constat... » — Gaius, III, 150. — § 1, I., *h. t.* « Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, *æquales* scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. » Plusieurs auteurs modernes ont voulu traduire les mots *partes æquas, æquales*, par *parts proportionnelles à la mise*. Mais d'abord les mots *æquus, æqualis*, quand il s'agit de partages, indiquent toujours, et spécialement en matière de société, des parts viriles, en opposition à des parts proportionnées. § 6, I., *de heredibus instituendis* 2, 14. — Fr. 6. 76, D., *h. t.* Cf. Fr. 63, § 5, D., *eodem*. — Fr. 8, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 2, pr. Fr. 9, § 12, D., *de hered. instit.* 28, 5. — Fr. 7, § 2, D., *de rebus dubiis* 34, 5. « Pro portionibus hereditariis » *opposé à* « æquas partes. » — Fr. 23, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1, « æquas... viriles partes. » — Fr. 5, § 2, D., *de solut.* 46, 3, « æqualiter... non pro rata. » Il est, au reste, naturel de présumer l'égalité entre les associés (alors surtout qu'il y a des apports hétérogènes, particulièrement de travail ou d'industrie, dont l'évaluation après l'achèvement des opérations présenterait souvent des difficultés insurmontables) : à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire, ce qui se présume quand ils font dépendre la fixation des parts d'un arbitrage; car l'arbitrage implique proportionnalité entre les parts et les mises. Fr. 6. 76-80, D., *h. t.*, et les deux notes suivantes.

[25] La clause qui, dans la vente, abandonne la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers, a pour effet de rendre la convention conditionnelle, de manière qu'il n'y a pas de contrat si le tiers ne peut ou ne veut arbitrer. Il n'en est pas de même du contrat de société, dans lequel la fixation appartient, en pareille hypothèse, au juge. Dans la vente, en effet, le prix est un élément essentiel du contrat, faute duquel le lien obligatoire ne peut se former; tandis que la fixation des parts sociales est une simple opération de liquidation ayant pour objet, non pas de former le lien obligatoire, mais de constater le résultat des opérations faites en suite de l'obligation existante et de déterminer les parts revenant à chaque associé dans ce résultat : le tout naturellement sauf intention contraire. Fr. 6. 76-80, D., *h. t.*, à la note 27. — Fr. 75, D., *eodem*. « Si coita sit societas *ex his partibus quas Titius arbitratus* fuerit; si Titius antequam arbitraretur, decesserit, nihil agitur : nam idipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit. » — Au premier abord, on pourrait croire qu'il n'y a point de loi obligatoire quand la fixation des parts est abandonnée à l'arbitrage de l'une des parties (cf. ci-dessus, § 294, note 25); mais *voy.* Fr. 6, D., *h. t.*, et les deux notes suivantes.

[26] Fr. 6, D., *h. t.* « Conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæ in societatem collaturus sit. » — Fr. 78. 80, D., *eodem*, à la note suivante.

à l'autre [27]. Si l'acte de société détermine les parts des associés dans les bénéfices sans parler des pertes, ou *vice versâ,* la proportion indiquée pour l'un doit également être observée pour l'autre [28].

L'exécution des obligations résultant du contrat de société se poursuit au moyen de l'*actio pro socio*, qui présente dans la législation romaine les deux particularités suivantes, savoir d'abord que le défendeur ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere postest* [29], ensuite que la condamnation pour dol entraîne l'infamie [30]. Cette action est donnée à chaque associé contre chaque associé [31], soit pour faire valoir, pendant la durée de la société, une obligation spéciale relative à l'apport ou à la gestion des affaires communes [32], soit pour demander la dissolution et la liquidation de la société, et pour régler l'ensemble de toutes les obligations respectives qui se trouvent exister alors [33].

[27] Fr. 76-80, D., *h. t.* « 76. Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva, amicus communis, partes societatis constitueret; Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse. Quæris utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex æquis partibus socii simus? ... Arbitriorum genera sunt duo : unum eiusmodi, ut, sive æquum sit, sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. 77. Veluti, cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat (ci-dessus, § 218, note 16). 78. In proposita autem quæstione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonæ fidei est. 79. Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonæ fidei. » — Fr. 80, D., *eodem.* « Quid enim, si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duabus millesimis partibus socius esset? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ in societatem collaturus erat. » — Cf. Fr. 6, D., *eodem,* à la note précédente.

[28] Gaius, III, 150. — Paul, II, 16. — § 3, I., *h. t.* — Cf. Fr. 10, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[29] § 38, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 65, pr. § 1-7, D., *h. t.* « Hoc enim summam rationem habet, cum societatis ius quodammodo fraternitatis in se habeat. 5. Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius, et partem suam integram sit consecutus; deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est, cum eo agere posset, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est exæquandas, quasi iniquum sit, ex eadem societate, alium plus, alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exæquetur : quæ sententia habet veritatem. » — Fr. 67, pr. D., *eodem.* — Fr. 16. 22, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. — *Voy.*, sur la nature et les effets de cet avantage, vulgairement désigné sous le nom de *beneficium competentiæ,* ci-dessus, § 170, n° 2, b.

[30] Tabula Heracleensis, lin. 111. — Cic., *de oratore* I, 37; *pro Roscio Amerino,* 40; *pro Roscio comœdo,* 6; *de natura deorum,* III, 30. — § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. — Fr. 1. 6, § 6, D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. — L. 22, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12.

[31] § 2, I., *de pœna temere litig.* 4, 16. « ... Ab utraque parte directa. » — Fr. 65, § 14, D., *h. t.* — Fr. 65, § 8, D , *eodem.* « In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit... » Cf. Fr. 35. 36, D., *eodem.* — L. 3, C., *eodem.*

[32] Fr. 65, § 15, D., *h. t.* « Nonnumquam necessarium est *et manente societate agi pro socio.* » — Fr. 38, § 1. Fr. 52, pr. § 8. 12. 13. Fr. 71, pr. Fr. 74, D., *h. t.* — Fr. 14-17, pr. Fr. 39. 41. 42. Fr. 52, § 10. Fr. 65, § 5, D., *eodem.* — L. 2, C., *eodem.*

[33] Fr. 38, pr. Fr. 65, pr. D., *h. t.* — L. 5, C., *eodem* et *passim.*

Dans ce dernier cas, le jugement détermine d'une manière définitive les prestations que les associés se doivent l'un à l'autre, et partant les parts qui leur reviennent dans l'avoir social, tant en ce qui concerne les créances et les dettes, que par rapport aux droits réels, et notamment aux biens corporels qui peuvent appartenir à la société. A l'égard de ces derniers, le jugement cependant n'est point attributif de propriété; il ne fait que constater les parts intellectuelles qui reviennent aux associés, sauf à eux de poursuivre le partage réel par l'*actio communi dividundo,* qui a pour effet d'attribuer, au moyen de l'*adiudicatio*, à chacun des propriétaires sa part divise dans les choses communes [34]. — L'*actio pro socio,* comme nous l'avons dit, sert à faire valoir toutes les obligations que les associés peuvent avoir l'un envers l'autre par suite de la société. Or, il se peut que l'une ou l'autre de ces obligations doive son origine à un fait qui, par lui-même et abstraction faite de la société, donnerait lieu à une action; par exemple, une vente, un louage, un prêt faits par l'un des associés dans l'intérêt de la société, un fait dommageable dont l'un des associés s'est rendu coupable, etc. Dans ces cas, le créancier peut, à son choix, intenter l'action dérivant du fait spécial, ou bien considérer l'obligation comme sociale et se servir de l'*actio pro socio* [35], sans que cependant le choix de la première action puisse priver le défendeur des avantages qui sont propres aux relations sociales, et parmi lesquels nous signalons particulièrement le bénéfice de compétence et le tempérament apporté à la responsabilité des fautes, *diligentia qualem suis rebus adhibere solet socius* [36].

Pour terminer la matière, il nous reste à faire observer que chaque associé a la faculté de disposer, entre vifs ou à cause de mort, de sa part

[34] Fr. 1, D., *communi dividundo,* 10, 3. – Fr. 2, pr. D., *eodem.* « Nihil autem interest cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit : nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio... » Les deux actions concourent, au reste, électivement sous certains rapports, d'abord en ce qui concerne le partage des fruits de la chose commune, ensuite parce que, dans l'*actio communi dividundo,* le juge peut et doit avoir égard aux prestations personnelles que les communistes se doivent. Si dans le jugement de partage, ces prétentions n'ont pas été réglées, l'associé peut encore se servir de l'*actio pro socio* pour les faire valoir. Fr. 17, pr. Fr. 38, § 1. Fr. 43, D., *eodem. Voy.,* encore, ci-après, § 229, note 3.

[35] Nous avons vu, à la note précédente, concourir l'*actio pro socio* avec l'*actio communi dividundo.* Nous trouvons d'autres exemples de concours avec l'*actio furti* (Fr. 45. 47, pr. D., *h. t.*); avec l'*actio legis Aquiliæ* (Fr. 47, § 1. Fr. 48-51, D., *eodem*); avec l'*actio emti* ou *venditi,* au Fr. 69, D., *h. t.* Ce dernier texte qui, heureusement, n'est important pour nous que parce qu'il consacre d'une manière bien formelle le concours de l'*actio pro socio* avec les actions résultant du contrat de vente, *emtio venditio*, est, dans son ensemble, absolument inintelligible, malgré les explications fournies par les *Basiliques,* XII, 1, 66, et les efforts des jurisconsultes modernes; non pas qu'il présente des difficultés de droit, mais à cause de quelques expressions dont le sens nous est absolument inconnu. Aussi figure-t-il avec raison parmi les *septem leges damnatæ* du Digeste. Cf. ci-dessus, § 182, note 6 *in fine.*

[36] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 15 et § 174, II.

dans la société, et notamment de transmettre à un tiers les droits et prétentions qu'il peut avoir à charge de la société; mais pareil transfert ne change rien aux rapports personnels avec les autres associés, et n'établit aucun lien entre ces derniers et le tiers qui se trouve dans la position de simple cessionnaire[37]. De même chaque associé peut s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; mais cet associé de l'associé ne fait point partie de la société originaire [38].

Observation. Le concours formel de l'*actio pro socio* avec d'autres actions dont nous avons parlé ci-dessus n'a lieu que lorsque la cause qui donne lieu à l'action spéciale est postérieure à la conclusion du contrat de société : car si elle dérive du contrat même, elle est absorbée par l'*actio pro socio*, et ne peut donner lieu à une action spéciale. Cependant, même dans pareille hypothèse, il n'y en a pas moins concours matériel des deux rapports obligatoires, en d'autres termes, les obligations sociales présentent un caractère complexe participant à la fois de la nature du rapport spécial et de la nature du contrat de société. Nous en avons vu des exemples en traitant de la garantie de l'apport et des risques et périls, matières qui, suivant les circonstances, doivent être jugées par analogie de la vente ou du louage de choses. De même si le contrat social assure à l'un des associés une rémunération spéciale en échange de son travail, il y aura lieu de recourir à l'analogie du louage de services; l'associé qui fournit une somme d'argent à prélever après la dissolution de la société, prendra le rôle d'un prêteur, etc. Il va sans dire que, dans pareils cas, le rapport spécial ne peut jamais exercer son influence au point d'anéantir le principe social qui domine toujours l'ensemble du lien obligatoire [39]; mais il n'en importe pas moins d'analyser avec soin les éléments dont cet ensemble se compose et de tenir compte de chacun de ces éléments. C'est pour avoir négligé ce soin que la doctrine et la jurisprudence sont parfois tombées dans d'étranges méprises à l'égard des sociétés commerciales de nos jours, dans lesquelles les rapports complexes dont nous venons de parler se rencontrent fréquemment [40].

[37] Fr. 52, § 9. Fr. 68, pr. D., *h. t.* – Fr. 16, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 16, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. – L. 3, C., *de communium rerum alienatione* 4, 52. – L. 2, C., *qui testamenta facere possint* 6, 22. — L'associé peut d'avance renoncer à cette faculté. Si, dans cette hypothèse, il manque à son engagement, il s'expose à être poursuivi en dommages et intérêts par les actions *pro socio* ou *communi dividundo;* mais l'aliénation n'en agit pas moins en faveur du tiers cessionnaire. Fr. 16, § 1. Fr. 17, pr. D., *h. t.* – Fr. 14, § 3, D., *communi dividundo* 10, 3.

[38] Fr. 20, D., *h. t.* « Nam socii mei socius, meus socius non est. » Pour faire entrer un nouveau membre dans la société originaire, il faudrait naturellement le consentement de tous les intéressés. Fr. 19-23, D., *eodem.*

[39] Ceci s'applique surtout au mandat tacite de gérer les affaires sociales que le contrat de société renferme toujours implicitement, sauf convention contraire. Cf. ci-dessus, note 6.

[40] Pour ne citer qu'un seul exemple, jamais on n'aurait pu contester aux commanditaires le droit absolu d'exiger du commandité le payement des intérêts stipulés dans le contrat de société,

§ 227. B) *Des engagements des associés à l'égard des tiers.*

Le contrat de société ne peut naturellement produire d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'ont conclu : vis-à-vis de toutes autres personnes, il n'y a point de société, il n'y a que des individus. Il est donc inexact de dire que la société a des créances ou des dettes envers des tiers, à moins qu'on ne se serve du mot société par abréviation pour désigner tous les associés, chacun pris individuellement [1]. — Ici s'élève la question de savoir comment les associés, comme tels, peuvent acquérir des droits envers des tiers et comment ils peuvent être obligés envers eux. La réponse se déduit rigoureusement des principes généraux à l'aide des distinctions suivantes :

A) Si tous les associés ont contracté ensemble avec un tiers, tous seront, selon les circonstances de la cause, créanciers ou débiteurs du tiers, conformément aux principes généraux, c'est-à-dire, chacun pour une part virile, à moins qu'une autre répartition ne résulte de la convention même ou des circonstances [2].

B) Si c'est un seul des associés ou quelques-uns d'entre eux qui ont contracté avec le tiers dans l'intérêt de la société, il n'y aura de rapport obligatoire avec le tiers qu'à l'égard de ceux des associés qui sont per-

si l'on avait tenu compte, comme on devait le faire, de la qualité de prêteur ou bailleur de fonds, qui, dans la personne du commanditaire, se trouve combinée avec celle d'associé.

[1] Pour que la société, considérée comme une abstraction, puisse avoir des droits et des obligations envers des tiers, il faut qu'elle ait la qualité de *personne*. Or, la volonté privée des individus qui la composent est impuissante à créer cette qualité. Rien n'empêche, à la vérité, qu'une société reçoive, par la sanction du pouvoir suprême, la *personnalité civile;* mais, dans ce cas, elle jouit de la personnalité, non pas *parce que* société, mais abstraction faite de sa qualité de société. C'est ainsi que, dans les sociétés des publicains chez les Romains et dans les sociétés anonymes chez nous, on doit toujours soigneusement distinguer la qualité de *personne civile* qui existe à l'extérieur ou vis-à-vis des tiers, et la qualité de *société* qui opère à l'intérieur, c'est-à-dire entre les associés. Cf. ci-dessus, t. I, § 22. — C'est pour avoir confondu ces deux points de vue que l'on a soutenu à tort que l'article 20 de la Constitution belge (« Les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive ») aurait abrogé l'article 37 du Code de commerce, qui exige l'autorisation du chef de l'État pour l'existence de la société anonyme. Remarquons, au reste, que, pour rendre cet article 37, qui date du temps du premier empire, conforme au droit constitutionnel de notre époque, on devrait substituer le pouvoir législatif au chef du pouvoir exécutif. Malheureusement, le désir de favoriser les grandes entreprises industrielles a entraîné des législatures modernes dans une voie tout opposée.

[2] Arg. Fr. 37, D., *de stipulat. servorum* 45, 3, et ci-dessus, § 186, note 2. — Le Fr. 44, § 1, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. « ..... *Quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerint,* » traite évidemment d'un cas où le tiers avait connaissance de la quotité des parts sociales, puisqu'on lui accorde la faculté de poursuivre celui des associés, *cuius maior pars aut nulla parte minor est* (*voy.*, sur ce passage, encore ci-après, note 10). C'est dans le même sens qu'il faut entendre le Fr. 4, pr. D., *de exercitoria actione* 14, 1, qui déclare que plusieurs *exercitores navis,* contractant ensemble, sont tenus *pro portionibus exercitionis.*

sonnellement intervenus dans la convention [3]. Cette règle rigoureuse reçoit de fait une exception quand ceux qui ont contracté avec le tiers ont agi au nom de la société, soit en exécution d'un mandat spécial, soit en vertu du mandat tacite ou exprès contenu dans le contrat social [4]. Dans ce cas, les associés qui n'ont pas géré se trouvent dans une situation analogue à celle qui résulte du mandat et il y a lieu de leur appliquer les règles qui dominent la cession des actions : d'où il résulte, entre autres, qu'ils agiront et seront tenus en proportion de leurs parts sociales [5]. Il en est de même quand la gestion de ceux qui ont contracté, quoique ayant été entreprise sans mandat, a été après coup ratifiée par les autres associés [6]. S'il n'y a eu ni mandat, ni ratification, le contractant peut encore obliger ses associés ou leur acquérir une créance envers le tiers, d'après les principes de la *negotiorum gestio* [7]. Enfin, comme dernière ressource, le tiers pourra employer l'*actio de in rem verso* contre les autres associés, jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité en suite de l'opération faite par l'associé contractant [8].

Nous ne nous sommes point, dans ce qui précède, occupé d'une opinion injustifiable, d'après laquelle les associés seraient envers les tiers solidairement responsables des engagements pris au nom de la société. Il est vrai que pareille solidarité est, pour des motifs spéciaux, consacrée dans trois hypothèses exceptionnelles, savoir à charge de plusieurs banquiers associés et dans les cas où l'engagement a été contracté par un capitaine de navire ou un facteur de commerce, institués par plusieurs commettants [9]. Mais, en dehors de ces hypothèses, la solidarité n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée [10], et c'est sans aucune raison

[3] Fr. 67, § 1. Fr. 74, D., *h. t.* — Fr. 82, D., *eodem,* ci-après, note 8. — L. 13, C., *si certum petatur* 4, 2. — Cf. ci-dessus, § 206, A. B., et § 222.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 226, n° 2.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 189, notes 20 et suivantes; § 206, notes 19.20; § 222, notes 6-10.

[6] Arg. Fr. 60, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. » *Voy.* cependant ci-après, § 274, notes 9. 26.

[7] *Voy.* ci-après, § 274, et les paragraphes cités ci-dessus, à la note 5.

[8] Arg. Fr. 10, § 4. Fr. 13, D., *de in rem verso* 15, 3. — Fr. 82, D., *h. t.* « Iure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniam versæ sint. » Cf. Scolie 1 *ad Basil.* XII, 1, 80 (Heimbach, I, p. 787). Il s'agit naturellement ici d'un emprunt que l'emprunteur a demandé dans l'intérêt de la société, de telle manière que le prêteur aurait *actiones utiles* contre les associés, si l'emprunteur avait agi dans les limites de ses pouvoirs. Cela n'étant pas, soit que l'emprunteur n'ait eu aucun pouvoir de contracter, soit qu'il ait agi au mépris de l'opposition de ses associés (ci-dessus, § 226, note 7), le tiers sera réduit à l'*actio de in rem verso.* — Cf. ci-dessus, § 223, note 29.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 186, note 13 et § 223, notes 8. 14. C'est à tort qu'on prétend fonder une quatrième exception, à l'égard des sociétés des publicains, sur le Fr. 9, § 4, D., *de publicanis* 39, 4.

[10] Cela serait de droit, quand même nous n'aurions aucune décision dans ce sens. Mais les passages cités à la note 2 disent que les associés ne sont tenus que *pro portionibus viri-*

qu'on invoque les dispositions qui imposent la solidarité à plusieurs mandants [11].

§ 228. *Des différentes manières dont finit la société.*

La société peut finir soit par la volonté des associés, soit sans que leur volonté intervienne [1].

A) Conformément à la volonté des associés, la société finit 1° avec l'opération pour laquelle elle a été contractée [2]; 2° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée [3]; 3° par la volonté commune de tous les associés [4]; 4° par la renonciation d'un seul ou de plusieurs associés [5]. Si la société a été contractée pour un temps illimité, chaque associé peut renoncer quand bon lui semble, pourvu qu'il ne le fasse ni

libus ou *pro portione qua socii fuerint*. A ce point de vue, le Fr. 4, pr. D., *de exercitoria actione* 14, 1, est surtout important. Cf. la note suivante. — C'est en vain que l'on voudrait déduire la corréalité du Fr. 44, § 1, D., *de Ædilicio edicto* 20, 1. Car, d'une part, la disposition renfermée dans ce texte constitue évidemment un *ius singulare* pour les marchands d'esclaves, *venaliciarii;* d'autre part, elle crée moins un lien corréal qu'une espèce anomale d'indivisibilité à charge de ces individus.

[11] Plusieurs mandants sont, à la vérité, solidairement responsables (ci-dessus, § 221, note 19); mais l'analogie qu'on voudrait établir entre les deux situations n'est fondée sur aucune disposition légale; loin de là, elle est très-formellement démentie par le Fr. 4, pr. D., *de exercitoria actione* 14, 1. En effet, tandis que plusieurs *exercitores* sont solidairement tenus en suite des actes faits par le *magister* qu'ils ont nommé, ils ne sont tenus que *pro portionibus exercitionis,* quand ils agissent en personne.

[1] C'est uniquement pour aider la mémoire que nous établissons cette division qui, d'ailleurs, n'a aucune valeur pratique. Elle cadre, au reste, quelque peu avec une autre division, également arbitraire, qui nous est fournie par Ulpien, Fr. 63, § 10, D., *h. t.* « Societas solvitur ex personis (B, 1, 2), ex rebus (B, 3), ex voluntate (A, 1-4), ex actione... » — Cf. Fr. 65, pr. D., *eodem.* « Actione distrahitur cum aut stipulatione (ci-après, note 4) aut iudicio mutata sit causa societatis... » — *Voy.* aussi Fr. 4, § 1, D., *h. t.* « Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate. »

[2] (§ 6, I., *h. t.*) Fr. 65, § 10, D., *eodem.* « Si alicuius rei societas coita sit, et finis negotio impositus, finitur societas. »

[3] Fr. 1, pr. Fr. 65, § 6, D., *h. t.*, sauf continuation ou plutôt renouvellement par consentement tacite. *Voy.* ci-après, note 11, et ci-dessus, § 225, note 12, ainsi que l'analogie de la réconduction tacite, § 217, notes 11. 12.

[4] Fr. 65, § 3, D., *h. t.* — § 4, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. — La volonté commune peut se manifester tacitement. Fr. 64, D., *h. t.* « Itaque, cum separatim socii agere cœperint, et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur. » Elle peut également se manifester implicitement, par exemple, au moyen d'une novation, et c'est probablement de ce cas qu'il faut entendre les mots : *cum stipulatione mutata sit causa societatis,* dans le Fr. 65, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 1, pr. D., *de novationibus* 46, 2.

[5] Gaius, III, 151. — § 4, I., *h. t.* — Fr. 4, § 1. Fr. 63, § 10 in f. D., *eodem.* Cf. Fr. 18, D., *eodem.* — L. 5, C., *communi dividundo* 3, 37. « In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri. » La clause par laquelle un associé renoncerait d'avance à cette faculté, en convenant *ne abeatur*, n'est pas obligatoire. Fr. 14, D., *h. t.* Cf. ci-après, note 7. — La renonciation peut se faire par un mandataire ou par un représentant légal. Fr. 65, § 7. 8, D., *h. t.* — L. 7, C., *eodem.*

à contre-temps, ni dans l'intention de priver la société d'un avantage auquel elle avait le droit de s'attendre. Dans le cas contraire, la renonciation d'un associé décharge bien les autres envers lui, mais il reste obligé lui-même envers ses associés [6]. Cette conséquence a également lieu quand la durée de la société a été fixée d'avance et que l'un des associés renonce avant l'expiration du temps [7].

B) Abstraction faite de la volonté des associés, la société finit : 1° par la mort de l'un des associés [8]. Cet événement dissout la société non-seule-

[6] Gaius, III, 150. — § 4, I., *h. t.* « Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur. » — Fr. 65, § 3, D., *h. t.* « Diximus dissensu solvi societatem; hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit *eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare.* Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit; ideoque si quod damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renuntiavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. Quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo. » D'autres exemples de renonciation intempestive ou faite de mauvaise foi : *si societatem ineamus ad aliquam rem, deinde solus volueris eam emere* (Fr. 65, § 4, D., *eodem*); *si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expediat* (Fr. 65, § 5, D., *eodem*).—L'associé qui renonce pendant l'absence de son associé se place dans la même position jusqu'au moment où ce dernier en a eu connaissance. Fr. 17, § 1, D., *eodem.*

[7] A moins que ce ne soit pour des motifs légitimes. Fr. 14, D., *h. t.* « Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen, si hoc convenerit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit : frustra hoc convenire; nam etsi non convenerit, si tamen intempestive renuntietur societati esse pro socio actionem. Sed etsi convenerit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio, nec tenebitur pro socio, qui ideo renuntiavit, *quia condicio quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur;* aut quid, *si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?* » — Fr. 15, D., *eodem.* « *Vel quod ea re frui non liceat,* cuius gratia negotiatio suscepta sit? » — Fr. 16, pr. D., *eodem.* « Idemque erit dicendum, si socius renuntiaverit societati, *qui reipublicæ causa diu et invitus sit abfuturus,* quamvis nonnumquam ei obiici possit, quia potuit et per alium societatem administrare, vel socio committere ; sed hoc non alias, nisi valde sit idoneus socius, aut facilis abfuturo etiam per alium societatis administratio. » — Fr. 65, § 6, D., *eodem.* « Item qui societatem in tempus coiit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat. Itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non feret; at si dispendium, æque præstabit portionem, nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quodsi tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat. »

[8] Gaius, III, 152. — § 5, I., *h. t.* « Solvitur adhuc societas etiam morte socii, *quia, qui societatem contrahit,* certam *personam sibi elegit.* Sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. » — Fr. 52, § 9. Fr. 65, § 9. 11, D., *eodem.* Cf. Fr. 65, § 10, D., *eodem.* « ... Quodsi integris omnibus manentibus alter decesserit... eadem distinctione utimur qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas ; si nota, non valeat. » Il en est autrement des sociétés des publicains qui, à l'instar de nos sociétés anonymes, étaient plutôt des associations de capitaux que d'individualités déterminées. Dans ces sociétés, en effet, le décès de l'un ou de l'autre des mem-

ment à l'égard de l'associé décédé [9], mais à l'égard de tous les associés, à moins que l'on ne soit convenu qu'elle doit continuer entre les survivants [10]. Si, sans pareille convention, les survivants continuent les opérations de la société, soit entre eux, soit avec les héritiers du défunt, c'est une nouvelle société qu'ils contractent [11]. Au reste, il va sans dire qu'en cas de dissolution par la mort de l'un des associés, les héritiers de celui-ci, tout en restant en dehors de la société, succèdent dans les droits qu'il avait acquis et dans les obligations qu'il avait contractées envers ses coassociés [12]. 2° Par la *capitis deminutio maxima* ou *media* de l'un des associés [13]. L'homme qui subit pareille dégradation est, en effet, considéré comme frappé de mort civile [14]. 3° Par la confiscation des biens ou par la faillite de l'un des associés. La première de ces causes est déjà comprise sous le numéro précédent, puisqu'elle ne peut avoir lieu que par suite d'une *magna capitis deminutio;* la seconde a été créée par analogie [15]. 4° Par tout événement qui rend la réalisation du but social impossible, tel que la survenance d'une loi qui prohiberait l'opération pour laquelle la société a été contractée ou la perte des choses qui

bres n'amenait point de dissolution ; les héritiers succédaient au défunt, à moins cependant que, dans un cas donné, l'individualité de ce dernier ne fût indispensable pour la conduite des opérations sociales. Fr. 59, pr. Fr. 63, § 8. Fr. 65, § 15, D., *h. t.*

[9] La société ne peut être contractée *in æternum*. Celle conclue *in perpetuum* est censée contractée pour la vie. Fr. 1, pr. Fr. 70, D., *h. t.*

[10] § 5 in f. I., *h. t.*, ci-dessus, note 8. — Fr. 65, § 9, D., *eodem*. — Le droit romain n'admet point la stipulation que la société continuera entre les survivants et les héritiers du défunt. Fr. 35. 59, pr. D., *h. t.* Car, d'une part, si ces héritiers ne sont pas désignés d'avance, la convention n'est pas obligatoire pour les survivants, par la raison qu'ils ne peuvent être engagés à être en société avec une personne incertaine (§ 5, I., *h. t.* — Fr. 65, § 11, D., *h. t.*); d'autre part, les principes de l'hérédité romaine s'opposent à ce que nous nommions un héritier par contrat. Fr. 52, § 9, D., *h. t.* « Idem Papinianus respondit, societatem non posse ultra mortem porrigi : et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit, vel cognatum ulteriorem proximioribus præferre. » Cf. ci-après, t. III, § 375, note 2.

[11] Fr. 37, D., *h. t.* Cette observation a une grande importance pratique. *Voy.* ci-dessus (§ 217, notes 11 et 12) ce que nous avons dit, sous ce rapport, au sujet de la réconduction tacite.

[12] Fr. 6, § 6, D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. — Fr. 24, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 11, pr. D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 35. 36. Fr. 63, § 8. Fr. 65, § 2. 9, D., *h. t.* — L. 3. 4, C., *eodem*. — Les héritiers du défunt sont même obligés de continuer les opérations sociales commencées par leur auteur, si, en ne le faisant pas, ils exposent la société à des pertes; mais ils ne sont, sous ce rapport, tenus que de leur dol et de leur faute lourde. Fr. 40, D., *h. t.*

[13] La *minima k. d.* ne produit point cet effet. Fr. 58, § 2. Fr. 65, § 11, D., *h. t.*

[14] Gaius, III, 153. — Fr. 4, § 1. Fr. 63, § 10. Fr. 65, § 11, D., *h. t.* — Si, dans cette hypothèse, les autres associés continuent les opérations qui faisaient l'objet de la société, il y aura société nouvelle. *Voy.* la note suivante, et ci-dessus, note 11.

[15] Gaius, III, 153. 154. — § 7. 8, I., *h. t.* — Fr. 65, § 1. 12, D., *eodem*. Cf. Fr. 1, pr. D., *de bonis damnatorum* 48. 20, et Fr. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. Si, dans cette hypothèse, les autres associés continuent les opérations qui faisaient l'objet de la société, il y aura société nouvelle, *nova videtur incipere societas*. Gaius, III, 153. — § 8, I., *h. t.* Cf. ci-dessus, note 11 et § 217, notes 11. 12.

servent au but social [16]. Si cette dernière cause a pour effet de rendre absolument impossible la continuation des opérations de la société, il est évident que celle-ci cesse d'exister; mais en dehors de ce cas, il importe de distinguer si la chose périe est commune ou si elle appartient à l'un des associés, qui n'en a apporté que la jouissance. Dans la première hypothèse, la société subsistera entre tous les associés; dans la seconde, l'associé dont la chose est périe sera, par analogie des règles du louage des choses, déchu des avantages sociaux, en proportion de la diminution de jouissance que la société subit [17].

§ 229. *Suites de la dissolution du contrat de société.*

La dissolution du contrat met fin aux opérations de la société, mais le lien social ne cesse entièrement qu'après que toutes les obligations sociales ont reçu leur exécution. Pour arriver à cette fin, il faut d'abord constater et réaliser le résultat social, commun à tous les associés; ensuite procéder à la répartition de ce résultat entre les intéressés.

Dans le langage moderne, on a l'habitude de comprendre sous le nom de liquidation les opérations qui ont pour but de constituer et de réaliser la communauté sociale. Ces opérations varient selon la nature des droits compris dans l'avoir commun. Il s'agit de faire rentrer les créances, de réaliser les marchandises, et avant tout de payer les dettes qui peuvent exister à charge de la société [1]; car il n'y a de résultat social qu'après

[16] Fr. 14. 15, D., *h. t.* « Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta sit? »— Fr. 58, pr. D., *eodem,* ci-après, note 17. — Fr. 63, § 10, D., *eodem.* « ... Ideoque... sive res, sive voluntas... interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem... res, cum aut nullæ relinquantur, aut condicionem mutaverint : neque enim eius rei quæ iam nulla sit, quisquam socius est, neque eius quæ consecrata publicatave sit. »

[17] Fr. 58, pr. D., *h. t.* « Si id, quod in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum, libro septimo Digestorum ad epistolam Cornelii Felicis : Cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se, Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam societatem. Ceterum, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. » Cette solution, parfaitement exacte, a été irrationnellement généralisée par l'article 1867 du code Napoléon, qui fait le désespoir des interprètes. — Fr. 58, § 1, D., *eodem,* ci-dessus, § 226, note 5. — Si l'un des associés, qui n'apporte que son industrie, devient par cas fortuit incapable de la fournir dorénavant, la société cessera d'exister, au cas que le défaut de cette industrie rende impossible la continuation des opérations sociales; mais, dans le cas contraire, il faut admettre, par analogie du louage des services, que l'associé, devenu incapable, continuera de jouir des avantages sociaux. *Voy.* ci-dessus, § 218, notes 14. 15.

[1] Ce sont là, en effet, les opérations auxquelles il faut ordinairement procéder à la suite de la dissolution de la société; mais rien n'empêche les associés de suivre un autre mode de liquidation, par exemple, de distribuer entre eux les créances et les dettes, de partager en nature les marchandises et autres objets compris dans l'avoir social, etc.

déduction de toutes les charges. Il faut également déterminer et régler les droits et prétentions respectifs de chacun des associés vis-à-vis de la société, ou pour mieux dire, envers ses coassociés. Ce règlement se fait, en cas de besoin, au moyen de l'*actio pro socio,* conformément à ce que nous avons dit ci-dessus [2]. — Le résultat social et les droits respectifs des associés étant ainsi constatés, on procède au partage de la masse commune. Ce partage peut se faire amiablement ou en justice. Dans l'un et l'autre de ces cas, on applique les règles générales sur le partage de choses communes [3]. Quant aux créances et aux dettes de la société, il n'est point nécessaire de procéder à un partage matériel, chacun des associés ayant le droit d'agir directement ou *utiliter* envers les tiers débiteurs, comme, par contre, les tiers créanciers ont leur action contre chacun des associés [4]. Mais en ce qui concerne les objets corporels, et, en général, les droits réels compris dans la masse sociale, il faut, à moins que le partage ne se fasse amiablement, recourir à l'action divisoire, appelée *communi dividundo*, dont il sera parlé avec plus de détails ci-après, § 278 [5].

Dans ce qui précède, nous avons fait abstraction d'une difficulté de fait qui ne se présente que trop souvent dans la pratique : nous entendons parler de la question de savoir si les apports faits par les associés font partie de la masse à partager ou bien si chaque associé a le droit de

[2] *Voy.* ci-dessus, § 226, notes 29 et suivantes.

[3] *Voy.* ci-après, § 278, notes 8 et suivantes. Faisons observer, dès à présent, qu'à cause des chances que peuvent présenter les valeurs de la société, et notamment les créances, voire même les dettes sociales, et pour assurer les prestations respectivement dues, les associés copartageants agiront prudemment en exigeant et en fournissant des cautions mutuelles. Fr. 27. 28. 38, pr. Fr. 67, pr. D., *h. t.*

[4] *Voy.* ci-dessus, § 227.

[5] Pourquoi est-il nécessaire d'avoir recours à une action spéciale, *communi dividundo,* afin d'opérer le partage matériel des biens sociaux, alors que l'*actio pro socio* aurait pu parfaitement remplir ce but? Voilà une question qui a été souvent posée et à laquelle on se borne habituellement à répondre que l'*actio pro socio* ne peut servir au partage, parce qu'elle ne renferme pas d'*adiudicatio.* Cette réponse est vraie, mais elle ne résout pas la question; car il serait permis de demander derechef la raison de ce défaut. Rien n'est plus simple. Les Romains n'ont point ajouté d'*adiudicatio* à la formule de l'*actio pro socio,* par la raison que le but de la société est, non pas de faire un partage, mais de nous faire obtenir un résultat commun. L'action dérivant du contrat tend donc à déterminer les droits et obligations respectifs des parties et de mettre chaque associé à même d'obtenir, par les moyens ordinaires, l'exécution des droits constatés par le jugement. Parmi les actes d'exécution de ce jugement peut figurer le partage des biens sociaux; mais il ne constituera jamais qu'une conséquence indirecte et médiate du contrat de société même. Le but pratique de l'*actio emti* est également, en dernière analyse, de nous faire avoir la chose achetée; mais personne ne trouve étrange que la formule de l'*actio emti* ne contienne point une partie attributive de la propriété de la chose vendue. L'*adiudicatio*, ajoutée comme partie essentielle à l'*actio pro socio,* aurait été, d'ailleurs, déplacée dans bien des cas. Cette action, en effet, peut aussi bien avoir lieu durant la société qu'à l'occasion de sa dissolution, et, même après la dissolution, elle peut avoir pour but de poursuivre toute autre chose que le partage, sans parler de l'hypothèse où les associés seraient d'intention de demeurer dans l'indi-

prélever son apport [6] avant le partage. Cette question est très-importante pour la constatation de l'avoir commun, et elle influe par suite également sur le *quantum* des bénéfices et des pertes, ainsi que sur la part que les associés doivent y prendre. Tout dépend naturellement de l'intention des parties [7]; mais malheureusement, dans la plupart des cas, le contrat social est muet sur ce point, et nos sources ne contiennent pas une seule décision qui s'y rapporte directement. Aussi les jurisconsultes modernes qui se sont occupés de la question ont-ils émis les opinions les plus opposées. Nous allons essayer de tracer, avec autant de précision que possible, les principes qui nous paraissent devoir être suivis dans cette matière.

Faisons d'abord observer que la question ne peut se présenter quand tous les associés ont exclusivement apporté leur industrie; car, dans ce cas, il ne saurait être question de prélèvement. Elle est également sans difficulté pratique quand tous les associés ont apporté en propriété des choses fongibles, avec stipulation de parts sociales proportionnées aux mises. Dès lors, en effet, il est indifférent pour eux, quant au résultat pratique, d'être considérés comme copropriétaires ou comme créanciers relativement à la part de l'avoir social qui correspond à leurs mises, par la raison que les deux qualités se compensent exactement. Dans ces hypothèses donc, les associés prendront leurs parts sociales respectives dans tout ce qui se trouvera exister au moment de la dissolution, sans qu'il y ait lieu à prélèvement [8]. — En dehors de ces hypothèses, on a l'habitude de distinguer si c'est la propriété ou seulement la jouissance de la chose

vision des biens sociaux. — Rappelons, au reste, ici 1° que l'*actio pro socio* et l'*actio communi dividundo* peuvent concourir électivement pour les prestations relatives aux biens communs (ci-dessus, § 226, note 37); 2° que l'*actio communi dividundo* peut aussi avoir lieu durant la société, par exemple, pour obtenir le remboursement d'impenses faites sur la chose commune ou pour le partage des bénéfices réalisés, si l'acte de société prescrit de faire ce partage à des époques déterminées. Fr. 14, § 1, *verbis* Quæ cum ita D., *communi dividundo* 10, 3.

[6] Ou partie de son apport.

[7] Fr. 3, D., *de rebus creditis* 12, 1. « .... In contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est. » — Fr. 11, § 1, D., *emti* 19, 1.

[8] *A*) La première hypothèse n'exige aucune explication. — *B*) Supposons que Primus et Secundus apportent chacun 10,000 avec stipulation de parts égales. Si, à la dissolution du contrat, la société possède 30,000, chaque associé aura 15,000, somme qu'on peut considérer soit comme faisant la moitié de la masse commune, soit comme étant composée 1° de l'apport de 10,000; 2° de la moitié des bénéfices réalisés, soit 5,000. De même, si le chiffre de l'avoir social à la fin de la société n'est que de 15,000, chaque associé aura 7,500, que l'on peut considérer soit comme faisant la moitié de la masse commune, soit comme représentant le chiffre de l'apport, 10,000, diminué de la part pour laquelle chaque associé doit contribuer aux pertes, laquelle part est de la moitié de 5,000, soit 2,500. — *C*) Même raisonnement pour le cas où les mises sont inégales et les parts sociales proportionnées aux mises. Dans cette hypothèse, Primus ayant apporté 10,000, Secundus 20,000, si l'avoir social, lors de la dissolution, s'élève à 60,000, Primus prendra 20,000 et Secundus 40,000; s'il est de 15,000, Primus n'aura que 5,000 et Secundus 10,000.

que les associés ont entendu apporter dans la société. Cette distinction est essentielle, mais elle ne suffit pas pour résoudre le problème. Il est certain que l'associé qui n'a apporté que la jouissance d'un objet a toujours le droit d'exiger la restitution de cet objet, en dehors de sa part sociale [9]; mais il ne serait pas exact de dire que celui qui a apporté la propriété d'une chose ou d'une quantité de choses n'a jamais le droit de prélever cette chose ou cette quantité avant le partage de la communauté. Souvent, en effet, il arrive — et il suffit de citer comme exemple le prêt de consommation — que nous nous dessaisissons de choses à nous appartenant avec l'intention d'obtenir la restitution de ces mêmes choses ou de leur équivalent. Or, il est évident que, dans pareil cas, malgré la communication de notre apport, nous en demeurons créancier vis-à-vis de la société et que, par suite, nous avons le droit de prélever, avant la constitution de la masse à partager, le montant de notre créance. Ce qui domine le problème, c'est donc la question de savoir si l'apport devait tout simplement servir de moyen de production et d'acquisition, ou si, en outre, pour nous servir de l'expression de Celsus, l'intention des parties était d'avoir la chose en commun [10]. Dans le premier cas, l'associé est créancier de l'apport dont il s'agit et aura le droit de le prélever; dans le second, tout ce qui se trouvera exister à la fin de la société fera partie de la masse commune à partager entre les associés en proportion de leurs parts sociales. D'après ces règles, on décidera aisément les divers cas qui peuvent se présenter : 1° Tous les associés ont apporté en propriété des choses non fongibles. Ici la volonté d'avoir les choses en commun paraît évidente, puisque, sans pareille intention, l'apport en propriété n'aurait pas de sens [11]. Il s'ensuit que tout ce qui se trouvera exister au moment de la dissolution sera partagé entre les associés [12]. 2° Les associés ont apporté des sommes de choses fongibles de valeurs différentes, mais le contrat leur attribue des parts égales ou au moins

[9] Nous faisons ici, comme dans tout notre exposé, abstraction de l'influence que la perte fortuite de la chose peut exercer sur la position respective des parties, cette question, qui est tout à fait indépendante de celle qui nous occupe dans ce moment, ayant été suffisamment traitée ci-dessus, § 226, notes 14-18 et § 228, B, 4.

[10] Fr. 58, pr. D., *h. t.* « ... Si id actum dicatur ut quadriga fieret eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam... » *Voy.* ci-dessus, § 228, note 17.

[11] Rappelons ici l'observation que nous avons faite ci-dessus, § 226, note 5, savoir que, dans le doute, on ne présume pas l'apport en propriété de choses non fongibles et non consomptibles, mais que, néanmoins, le contraire peut résulter des circonstances. Exemple : Dans une société qui doit durer vingt ans, Primus apporte une maison valant 20,000 et conservant cette valeur pendant toute la durée de la société; Secundus apporte des ustensiles de pareille valeur, mais qui, à la fin de la société, se trouvent, par suite de l'usage auquel ils ont servi, dépréciés des deux tiers. Ici évidemment, à moins que le contraire n'ait été dit, les parties ont entendu mettre en commun leurs apports respectifs. La même intention doit être présumée, à plus forte raison, quand l'un a apporté de l'argent et l'autre la propriété de choses non fongibles.

[12] Fr. 58, pr. D., *h. t.* *Voy.* ci-dessus, § 228, notes 16 et 17.

des parts non proportionnées aux mises. Dans cette hypothèse, on ne saurait présumer l'intention d'avoir en commun les espèces versées [13] : il faut, par conséquent, admettre que les fonds ne devaient servir à la société que comme moyen de production et, par suite, laisser à chaque associé prélever sa mise avant de procéder au partage [14]. 3° Les divers apports des associés sont de nature différente. Parmi les exemples qui peuvent se présenter sous des formes très-variées, nous prendrons l'hypothèse à laquelle notre principe s'applique de la manière la plus fréquente, celle où l'un des associés apporte de l'argent, l'autre ne fournissant que son industrie [15]. Bien que, dans ce cas, l'argent versé soit devenu la propriété de la société, nous nous trouvons en présence de la présomption indiquée au numéro précédent, et nous devons, par conséquent, autoriser le bailleur de fonds à prélever son apport avant le partage [16]. Il va sans dire, au reste, que cette présomption doit céder devant l'intention contraire des parties, manifestée d'une manière évidente par les circonstances. Ainsi, lorsque la valeur d'usage, ou, en termes plus pratiques, l'intérêt annuel de l'argent versé, se trouve être égale ou à peu près égale à la valeur de l'industrie que l'autre associé fournit dans le cours d'une année, le prélèvement des fonds ne saurait faire de doute. Mais, quand pareil rapport d'égalité, au moins approximative, existe entre la valeur de l'industrie d'une année et le capital versé, le prélèvement accordé au bailleur de fonds constituerait évidemment une iniquité que

[13] Le transfert de propriété ne saurait, en effet, dans ce cas, suffire pour motiver cette intention à l'exclusion de l'autre, par la raison qu'il est impossible de faire usage de l'argent sans le consommer. Dès lors, les deux intentions étant également possibles, on doit présumer celle d'après laquelle l'argent versé ne devrait servir que comme moyen de production : 1° parce que, en général, le but d'une société est moins d'avoir des choses en commun que de produire des résultats, de réaliser des gains ; 2° que les aliénations doivent toujours être interprétées rigoureusement et de manière à impliquer le moindre sacrifice possible ; 3° qu'en toute matière, *in dubio id quod minimum est, sequimur.*— Faisons toutefois observer que tout ce que nous venons de dire ici est sans application à la *societas omnium bonorum. Voy.* ci-après, § 230, n° 4.

[14] Dans une société à parts égales, Primus apporte 4,000 et Secundus 8,000. A la fin de la société, il y a 18,000 en caisse. Primus reprendra d'abord son apport 4,000, et Secundus le sien, soit 8,000 ; ensuite l'excédant de 6,000 constituant le résultat social sera partagé par moitié, de façon que Primus recevra en tout 7,000 et Secundus 10,000. Que si la caisse sociale ne renfermait que 9,000, il y aurait une perte de 3,000, qui doit être supportée à parts égales. Chacun des associés reprendra donc son apport moins 1,500, ce qui donne à Primus 4,000 moins 1,500, soit 2,500, et à Secundus, 8,000 moins 1,500, soit 6,500.

[15] Il en est de même lorsque le premier des associés apporte de l'argent et le second la jouissance d'une usine ou en général de choses non fongibles ; mais la présomption contraire doit prévaloir quand c'est la propriété que le second a mise dans la société. *Voy.* ci-dessus, note 11.

[16] Primus a mis dans la société 100,000 ; Secundus a fourni son industrie. A la fin de la société, on trouve 150,000. Primus prélèvera sa mise de 100,000 et il restera comme résultat social 50,000 à partager entre Primus et Secundus. Que si la caisse sociale ne contenait que 80,000, il y aurait perte de 20,000, à supporter par moitié par chacun des associés ; d'où la conséquence que Secundus devra 10,000 et que Primus reprendra son apport moins 10,000 = 90,000.

l'on ne peut présumer avoir été dans l'intention des parties. Les cas qui se trouvent entre ces deux extrêmes offrent des difficultés très-grandes qui, cependant, en dernière analyse, devront régulièrement être tranchées au profit du bailleur des fonds, qui seul peut invoquer une présomption de droit en sa faveur.

§ 230. *De la* societas omnium bonorum.

La société de tous les biens présents et à venir, que le législateur français a considérée comme incompatible avec nos mœurs, paraît avoir été fort usitée chez les Romains. Du moins elle est mentionnée fréquemment sous les noms de *societas totorum, omnium* ou *universorum bonorum; societas universarum fortunarum* [1], et nos sources contiennent sur cette institution diverses dispositions particulières qui la font différer, sous plusieurs rapports, de toutes les autres sociétés.

1° La formation d'une société de tous les biens a pour effet d'obliger chaque associé à apporter dans la société tous ses biens présents et à venir, y compris ceux qui peuvent lui venir par hérédité, par legs, par donations entre-vifs ou à cause de mort, voire même à titre de dot [2], à la seule exception de ce qu'il pourrait acquérir par un délit [3]. — L'apport s'effectue de la manière ordinaire, savoir par tradition pour les choses corporelles (et les droits réels susceptibles de tradition), et par cession pour les créances [4]. A l'égard des choses corporelles (et des droits réels) il n'est pas nécessaire de procéder à la remise matérielle : ils deviennent communs par cela seul que l'associé à qui ils appartiennent manifeste sa volonté à cet égard, pourvu, bien entendu, qu'à sa volonté corresponde la volonté consciente de ses coassociés [5]. Dès lors, en effet, il y a ce que

[1] *A*) Gaius, III, 148.–Pr. I., *h. t.* 3, 25.–Fr. 65, pr. D., *eodem* 17, 2.–Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 1. Fr. 65, § 3, D., *eodem*.–Fr. 16, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. Ce dernier passage est intéressant parce qu'il nous montre un exemple de *societas omnium bonorum* entre époux. — *B*) Fr. 73, D., *h. t.*

[2] Fr. 3, § 1. Fr. 52, § 16. Fr. 65, § 16. Fr. 66-73, pr. D., *h. t.* — Il va sans dire que les hérédités, legs, donations, ainsi que la dot sont conférés avec les charges qui leur sont inhérentes, spécialement la dot, avec l'obligation éventuelle de la restituer. Fr. 65, § 16. Fr. 66, D., *cités*.

[3] Fr. 52, § 17. Fr. 53. 54. 55. 56, D., *h. t. Voy.* ci-dessus, § 225, note 11. Cependant si le coupable verse le produit de son délit dans la société, ce produit devient commun. Fr. 53, D., *cité*, « ... Plane si in medium collata sit, commune erit lucrum. » *Voy.* ci-après, note 9, et t. I, § 106, notes 25-27.

[4] Fr. 2. 52, § 16. 17. Fr. 73-74, D., *h. t.* – Fr. 3, pr. D., *eodem*. « Ea vero quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent. »

[5] « Qui nescit, non possidet. » Fr. 3, § 3. Fr. 26 in f. D., *de adquirenda possessione* 41, 2. et ci-dessus, t. I, § 81, notes 11. 12; § 85, notes 12. 13. 14; § 106, note 12. C'est avec cette nuance qu'il faut entendre la disposition des Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *h. t.* « In societate omnium bonorum omnes res *quæ coeuntium sunt*, continuo communicantur. 2. Quia, licet specialiter traditio non

les commentateurs appellent un constitut possessoire, l'associé cessant de posséder pour lui exclusivement et commençant à posséder pour la société [6]. A l'égard des biens qui existent dans les patrimoines respectifs au moment où la société se conclut, il ne faut pas même de déclaration expresse : la volonté manifestée d'être en communauté [7] implique un constitut tacite [8]; ce qui a fait dire erronément que, dans cette hypothèse, la propriété se transfère par le seul effet des conventions [9].

2° Comme la société doit recevoir tous les biens présents et à venir des associés, elle est, par contre, obligée d'acquitter toutes leurs dettes actuelles et futures et de pourvoir à leurs besoins et dépenses, conformément aux convenances sociales [10]. Quant aux dettes qui incombent à un

interveniat, tacita tamen creditur intervenire, » qui a donné lieu à bien des discussions. Il est évident que, dans l'interprétation de ces deux fragments, il faut sous-entendre que les associés avaient respectivement connaissance des biens que chacun d'eux avait en propre ou que ces biens étaient spécifiés dans un inventaire inséré ou annexé au contrat (ci-après, note 7), comme nous voyons la femme remettre au futur mari un inventaire, *libellus,* des objets qu'elle compte introduire dans la maison maritale et qui deviennent la propriété du mari dès qu'ils y sont introduits, même à son insu. Fr. 3, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3. « ... Plane, si rerum libellus detur, ut Romæ *vulgo fieri* videmus... » C'est ainsi que s'explique tout naturellement la *communicatio* des biens, sans remise matérielle, au moyen d'un constitut tacite (ci-après, note 8) et sans qu'on ait besoin de recourir (contrairement aux principes fondamentaux de la matière) à une tradition feinte motivée par la considération d'utilité, qu'il est difficile de procéder à la remise matérielle de toutes les choses comprises dans le patrimoine. On a de la peine à comprendre que De Savigny, qui a si victorieusement réfuté l'hérésie des traditions feintes et symboliques, ait cru devoir accepter cette considération d'utilité pour expliquer une prétendue anomalie qui n'existe en aucune façon si l'on admet notre interprétation.

[6] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 85, notes 12. 13. 14 et § 106, notes 12. 13.

[7] Nous disons : « la volonté manifestée d'être en société « c'est-à-dire « d'avoir la chose en commun » : le simple engagement de les apporter ne suffirait point. Parmi les *tabulæ ceratæ* découvertes en Transylvanie (t. I, p. 12), se trouve un acte de société qui peut nous servir de modèle et d'explication : *Inter Cassium Frontinum et Iulium Alexandrum societas convenit ut..... In qua societate intulit Iulius Alexander* (suit l'indication des biens qui composent son patrimoine, ou bien le renvoi au libelle remis ou annexé).... *et Cassius Frontinus* (suit la même mention). *De quibus rebus.... tabularum signatæ sunt.* » Cf. Bruns, *fontes iuris,* p. 140.

[8] Cf. ci-dessus, t. I, § 106, note 12. — Rien ne s'oppose, au reste, à ce que pareil constitut tacite se produise également dans une société particulière, par exemple, si dans la formule transcrite à la note précédente et appliquée à une pareille société il était dit : « .... *In qua societate intulit Iulius Alexander tabernam Arrianam* ou *Stichum servum.* Si nos sources mentionnent particulièrement le constitut tacite à propos de la société universelle, c'est que, dans la société particulière, les apports des associés consistent habituellement en sommes, quantités (*genera*), et que dans les cas où l'apport a pour objet un *certum corpus,* c'est rarement la propriété qui devient commune (ci-dessus, § 226, note 5); tandis que, dans la *societas omnium bonorum,* il y a toujours des *corpora certa* dont la propriété tombe dans la société.

[9] *A*) On a voulu contester le constitut tacite, en disant que l'engagement d'apporter les biens n'implique pas nécessairement la volonté de ne plus les avoir en propre. Les deux notes précédentes répondent à cette objection. — *B*) On aurait pu contester la manière vulgaire d'interpréter les Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *h. t.*, en disant qu'il ne peut y avoir prise de possession sans *conscientia.* Cette objection serait plus sérieuse ; mais nous l'avons prévue ci-dessus, note 5.

[10] Fr. 39, § 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 27. 52, § 18. Fr. 73. 81, D., *h. t.* Quelques auteurs, en argumentant *a contrario* du Fr. 27, D., *cité,* qui déclare la société tenue de

membre par suite d'un délit commis par lui, la société n'en est point tenue [11], à moins qu'elle n'ait profité du délit. Dans cette hypothèse, en effet, le membre coupable peut exiger que ses coassociés contribuent au payement de la dette jusqu'à concurrence de l'émolument [12].

3° La gestion sociale et la responsabilité des associés sont soumises aux règles de la société ordinaire. Les risques et périls sont communs à tous les associés, par la raison que la société est propriétaire de tous les biens sociaux, et que chaque associé n'est créancier que de la part intellectuelle qui lui revient dans l'avoir social [13].

4° Par les mêmes raisons, c'est l'avoir social tout entier qui, après la dissolution de la société, doit être partagé entre les membres [14]. Conformément aux principes généraux, chaque associé aura, sauf convention contraire, droit à une part virile [15].

§ 231. Du contrat emphytéotique. *Contractus emphyteuticarius* †.

Nous appelons *contrat emphytéotique* la convention par laquelle l'une des parties contractantes s'engage à accorder à l'autre une emphytéose. Dans l'ancien droit, on se servait, à cet effet, de la forme du louage. Cependant la grande étendue des droits que le propriétaire transfère à l'emphytéote avait fait douter les jurisconsultes si l'on ne devait pas plutôt juger cette convention d'après les règles du contrat de vente [1].

omne æs alienum quod MANENTE SOCIETATE *contractum est*, ont soutenu que la société n'était point enue d'acquitter les dettes antérieures à la formation de la société; mais il suffit de lire ce passage avec attention pour voir que les mots MANENTE SOCIETATE forment opposition, non pas avec ce qui s'est passé AVANT *la formation* de la société, mais avec ce qui se fait APRÈS *la dissolution*, POSTEAQUAM SOCIETAS DISTRACTA EST.

[11] Fr. 52, § 18. Fr. 59, § 1, D., *h. t.* Elle doit cependant acquitter la condamnation que l'associé, poursuivi du chef d'un délit, subirait injustement, *per iniuriam iudicis*. Fr. 52, § 18 in f. D., *cité*.

[12] Fr. 54, D., *h. t.* — Si les autres associés avaient connaissance de l'origine délictueuse de l'apport, ils doivent même contribuer à toutes les condamnations répersécutoires et pénales que le délit peut entraîner. Fr. 55. 56, D., *eodem*.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 226, notes 14 et suivantes.

[14] Il ne peut jamais être question de prélèvement (ci-dessus, § 229, notes 6 sqq.). Mais il se peut que l'un des associés se trouve être débiteur envers les autres pour diverses causes. *Voy.* la note suivante.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 225, note 23, et cf. Fr. 5, pr. § 1, D., *h. t.* « Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius... 1. Societas autem coïri potest et valet etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus, cum plerumque pauperior opera supplet, quantum ei per comparationem patrimonii abest. » — Il va sans dire cependant que chaque associé doit tenir compte aux autres de ce qu'il peut leur devoir, par suite d'un délit commis envers eux, de ce que la société, sans y être tenue, a dû payer pour lui, etc.

† Tit. C., *de iure emphyteutico* 4, 66.

[1] Gaius, III, 145. « Adeo autem emtio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Veluti si qua res in perpetuum sit locata : quod evenit in prædiis

L'empereur Zénon mit fin à cette incertitude en attribuant à ce contrat une nature spéciale, différant de la nature du louage et de la vente, et tirant sa force de sa propre teneur [2]. Notamment, en ce qui concerne la question des risques et périls, Zénon statue que la perte totale du fonds emphytéotique tombe sur le propriétaire, qui ne peut, dès lors, plus exiger la rente emphytéotique [3], tandis que la perte partielle frappe l'emphytéote, qui, de ce chef, ne peut demander de remise [4].

Par suite de cette constitution de Zénon, le contrat emphytéotique forme donc une cinquième espèce de contrats consensuels : car il n'exige aucune formalité ni condition particulière, à moins que les parties ne veuillent déroger aux règles indiquées, auquel cas elles sont tenues de rédiger leur convention par écrit [5]. La même formalité est prescrite comme essentielle pour les contrats emphytéotiques des biens de l'Église [6].

Abstraction faite des règles particulières sur les risques et périls, que nous venons de faire connaître, le contrat d'emphytéose devra évidemment être jugé d'après les règles de la vente et du louage, selon qu'elles peuvent s'appliquer par analogie. Ainsi, par analogie de la vente, l'emphytéote peut exiger d'être mis en possession et jouissance du fonds emphytéotique, et aura le droit d'invoquer la garantie de son auteur pour cause d'éviction [7]. Quant à la manière de jouir et au payement de la

municipum, quæ ea lege locantur, ut, quamdiu id vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, prædium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse. » Ce passage de Gaius est presque littéralement copié par Justinien, au § 3, I., *de loc. et conduct.* 3, 24, dont la suite se trouve transcrite à la note suivante. Le motif de la controverse est indiqué par Théophile, *ad h. l.* « ... A quibusdam locatio, ab aliis venditio existimabatur : venditio quidem, quod et ad heredes transierit, et variis modis alienaretur ; locatio vero, quod per singulos annos aliquid domino daretur... »

[2] § 3, I., *de loc. et cond.* 3, 24. « ... Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. Quo iure utimur. » — La constitution de Zénon forme la L. 1, C., *de iure emphyteutico* 4, 66.

[3] L. 1, *verbis* Ita ut, si interdum C., *h. t.* — § 3, I., *cité.* — C'est en cela que le contrat d'emphytéose diffère du contrat de vente ; car, d'après les principes qui régissent ce dernier, l'acheteur, c'est-à-dire l'emphytéote, tout en perdant le fonds emphytéotique, n'en devrait pas moins payer le prix entier, c'est-à-dire continuer le payement de la rente. Ci-dessus, § 210, note 8.

[4] L. 1, *verbis* Sin vero C., *h. t.* — § 3, I., *cité.* — C'est en quoi l'emphytéote diffère du bailleur, qui, dans un cas analogue, pourrait demander une remise proportionnée du prix de fermage. Ci-dessus, § 216, notes 22 et suivantes.

[5] L. 1, *verbis* In quo cuncta C., *h. t.* — L. 3, C., *eodem.* — Cette question, au reste, est controversée parmi les auteurs modernes.

[6] *Novelle* 120, c. 6.

[7] Faisons observer que le lien obligatoire résultant du contrat d'emphytéose peut exister entre

rente, les principes du contrat de louage trouveront de préférence leur application, sauf en ce qui concerne le droit d'obtenir une remise du loyer, qui n'est point accordé à l'emphytéote.

Nous ne trouvons pas de nom particulier pour désigner les actions personnelles accordées aux deux parties, à l'effet de faire valoir leurs droits respectifs. Les jurisconsultes modernes ont l'habitude d'employer le nom d'*actio emphyteuticaria*.

Des contrats réels. « Re contrahitur obligatio. »

§ 232. *Observations préliminaires.*

On comprend sous la dénomination de contrats réels les divers cas dans lesquels une personne se trouve obligée, parce qu'elle a reçu de nous une chose qui a été donnée et acceptée avec l'intention de nous faire obtenir en retour une prestation quelconque.

La teneur et la nature de l'obligation qui résulte d'un pareil contrat sont déterminées par l'intention commune des parties; mais c'est la remise de la chose qui constitue la cause de la force civile du rapport obligatoire : RE *contrahitur obligatio*.

Originairement, il fallait, à cet effet, transfert du domaine de la chose, et c'était la *mancipatio* qui servait de base au lien civil. Ainsi, dans l'hypothèse la plus importante et la plus fréquente, le prêt d'argent, le débiteur, en échange des espèces qui lui étaient pesées au moyen de la balance, engageait sa personne et devenait *nexus* [1]. Dans d'autres hypothèses, la chose dont la remise devait faire naître l'obligation était mancipée au futur débiteur, qui s'engageait sur sa foi, *fiducia*, à la restituer après en avoir fait l'usage que les parties avaient en vue. Cet engagement était civilement obligatoire en vertu de la disposition de la loi des Douze Tables : CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO, et l'*actio fiduciæ* servait à poursuivre l'exécution [2]. Par la suite, on fit, pour les hypothèses qui se présentaient le plus fréquem-

deux personnes, bien qu'il n'y ait réellement pas de droit d'emphytéose. Si, par exemple, Titius m'accorde l'emphytéose d'un fonds qui ne lui appartient pas, je n'aurai pas le droit d'emphytéose sur ce fonds, par la raison que l'emphytéose ne peut être établie que par le propriétaire; mais je n'en aurai pas moins l'action du contrat à l'effet de faire valoir tous les droits qu'il produit en ma faveur, et notamment pour exercer mon recours en garantie. Nous aurons à faire une observation analogue à propos du contrat de gage, ci-après, § 241, n° 1.

[1] *Voy.* ci-après, § 245, note 2; § 299, notes 2-14, et ci-dessus, t. I, § 33, note 3.

[2] *Voy.* sur la *fiducia* : TABULA HERACL., lin. 111. — CIC., *topica*, 10 (11) et BOËTHIUS *ad h. l.* (p. 340, 39 Orelli). — LE MÊME, *pro Roscio com.* 6; *pro Flacco*, 21; *pro Cæcina*, 3; *de officiis*, III, 17; *de natura Deorum*, III, 30. — GAIUS, II, 60. — PAUL, I, 9, 8. II, 13. — ISIDORE, *Orig.*, V, 25. — Cf. ci-dessus, t. I, § 33, notes 6-9; § 153, notes 1-7.

ment dans la vie ordinaire, disparaître la formalité inutile de la *mancipatio*, et l'on se contenta de la simple remise de la chose. C'est ainsi que furent créées des actions vulgaires spéciales pour le prêt à usage, le dépôt et la remise d'un gage [3], lesquelles vinrent se grouper auprès du prêt d'argent, qui déjà antérieurement avait été dégagé du *nexum* [4]. — Dans tous ces cas, il s'agissait de restituer la chose même dont la remise avait donné naissance à l'obligation, mais l'on admit insensiblement que l'obligation peut aussi avoir pour objet une autre prestation en échange de la chose remise, et, sous l'empereur Trajan, le jurisconsulte Ariston finit par poser en principe qu'il y a obligation civile toutes les fois que quelqu'un reçoit une chose avec l'intention de faire en échange une prestation en faveur de celui qui la donne. La jurisprudence, prenant le mot chose dans le sens le plus large, étendit cette conséquence à tous les cas où une prestation quelconque est faite et reçue avec cette intention, et nous trouvons ainsi, dans le droit nouveau, toute une catégorie de contrats réels, comprenant, en dehors des quatre espèces spéciales énumérées ci-dessus, les cas les plus variés et qu'il serait impossible d'épuiser par une nomenclature précise. C'est par ce motif qu'on a l'habitude de les embrasser par le terme générique : contrats innommés [5].

Du prêt de consommation. *Mutuum* †.

§ 233. *Notion et conditions requises.*

On appelle *mutuum* [1] le contrat par lequel l'une des parties donne à

[3] L'analogie de l'*actio fiduciæ* avec les actions nées des contrats réels paraît surtout évidente, si nous pouvons admettre qu'il y eût une *actio fiduciæ contraria*, ce qui semble autorisé par un texte de Paul, II, 13, 7. « Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quæ impendit, iudicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium. »

[4] Après que l'usage de peser les espèces monnayées eut disparu, l'opération *per æs et libram* ne fut plus qu'une formalité vide de sens : la numération des espèces devait suffire pour faire naître une obligation à charge de celui qui les recevait, obligation que le créancier, depuis la *lex Silia*, pouvait poursuivre au moyen d'une *condictio*. Mais dans les cas où il n'y avait pas numération des espèces, il fallait bien encore employer la forme *per æs et libram*, suivie de l'engagement verbal appelé *nuncupatio*, sauf à réduire finalement toute l'opération à l'emploi des paroles solennelles, verbis *contrahitur obligatio*. C'est ainsi que du *nexum* sont nés, d'une part, le *mutuum*, quand le débiteur a réellement reçu l'argent qu'il s'engage à restituer, et, d'autre part, la *stipulatio* qui puise sa force obligatoire, non pas dans l'argent reçu, mais dans les paroles par lesquelles le débiteur s'engage. *Voy.* ci-après, § 245.

[5] *Voy.* ci-après, §§ 245. 244.

† Gaius, III, 90. — Paul, II, 1. Cf. Fr. 34, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Pr. I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. — Tit. D., *de rebus creditis, si certum petatur et de condictione* 12, 1. — Tit. C., *de rebus creditis et de iureiurando* 4, 1. — Tit. C., *si certum petatur* 4, 2.

[1] Le mot mutuum, que Varron *de lingua latina*, V, 179 (IV, 36, col. 29 Gothofr.—p. 49 Bipont.) fait dériver du langage sicilien, μοῦτον, signifie le plus souvent la somme qui est l'objet du prêt

l'autre une quantité de choses fongibles, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité [2].

Pour qu'il y ait *mutuum*, il faut donc : 1° la *dation* d'une quantité de choses [3], c'est-à-dire la tradition de ces choses, opérant transfert de propriété en faveur de celui qui reçoit. Cette condition est si essentielle, que les jurisconsultes romains en font même dériver le nom du contrat, *mutuum quia ex meo fit tuum* [4]. Il en résulte que la remise des choses qui font l'objet du *mutuum* doit réunir les conditions que la tradition exige pour transférer la propriété [5]. Notamment, il faut que le prêteur soit propriétaire des choses prêtées [6] et qu'il ait la capacité d'alié-

de consommation : mais il sert aussi à désigner l'opération même, le contrat. MUTUARE s'emploie ordinairement de l'emprunteur ; mais il s'applique aussi au prêteur. *Voy.* DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, vv. *Mutuare. mutuum.*

[2] ULPIEN, *fragm. Vindob.*, III, 1. « ... (mutua pecunia data, non eadem utique numismata) reddis, quæ accepisti, sed aliam pecuniam eiusdem quantitatis. Mutuæ autem dari possunt res non aliæ quam quæ pondera, numero, mensura continentur. » — (GAIUS, III, 90) Pr. I., *h. t.* « Re contrahitur obligatio, velut mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro ; quas res aut numerando, aut metiendo aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ eiusdem naturæ et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio. » — Fr. 2, pr. § 1, D., *h. t.* — Fr. 1, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[3] Il n'y a donc *mutuum* qu'après la dation faite et acceptée ; car l'obligation se contracte RE. La promesse de faire un prêt de consommation n'est qu'un simple pacte, qui ne produirait qu'une obligation naturelle, *pactum de mutuando*. Rien n'empêche cependant les parties de donner à un pareil pacte une forme civile au moyen de la *stipulatio ;* seulement il faut observer que, dans ce cas, celui à qui le prêt a été promis ne saurait être forcé à l'accepter, parce que lui seul est créancier. Fr. 30, D., *h. t.* « Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. » Pour donner plus d'efficacité à la promesse de prêter (faite par simple pacte ou par stipulation), on avait l'habitude d'y ajouter une clause pénale, *stipulatio pœnæ*. Fr. 5, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-après, § 258. — *Voy.* encore, à ce propos, ce que nous avons dit sur l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert, ci-dessus, t. I, § 155, note 7.

[4] (GAIUS, III, 90) Pr. I., *h. t.*, ci-dessus, note 2. — § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Fr. 2, § 3. Fr. 16, D., *h. t.* — Fr. 6 in f. D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 9, pr. D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. — Fr. 2, § 2, D., *hoc titulo.* « Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit : et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio. » Cette étymologie est plus que douteuse, mais l'axiome à propos duquel on la mentionne est hors de tout doute. C'est sans aucune raison qu'au XVIe siècle, on a essayé d'en contester la justesse rigoureuse, à l'aide de distinctions absurdes qui ne méritent pas l'honneur d'une réfutation, et en s'appuyant, entre autres, sur la fin du Fr. 55, D., *de solutionibus* 46, 3, où Ulpien dit : « Qui sic solvit ut reciperet, non liberatur, quemadmodum *non alienantur numi, qui sic dantur, ut recipiantur.* » Il est évident que les mots *ut recipiantur* veulent dire *pour être restitués en nature*, de sorte que le cas dont il s'agit dans ce fragment constitue un *commodat* et non pas un *mutuum*. *Voy.* le Fr. 2, pr. D., *h. t.*, ci-après, note 14 et § 236, note 7.

[5] *Voy.* t. I, §§ 106. 107.

[6] Fr. 2, § 4. Fr. 11, § 2. Fr. 13. 16. 41, D., *h. t.* Car autrement les sommes prêtées ne deviendraient pas notre propriété, et dès lors il n'y aurait pas de *mutuum*. Cf. Fr. 13, § 2. Fr. 16, D., *h. t.* — Fr. 81, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 94, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. Mais si par la suite nous acquérons la propriété de la somme, ce qui peut se faire, à l'égard de l'argent

ner [7]. — La tradition des choses peut se faire soit corporellement, soit de l'une des manières que les commentateurs appellent *traditio brevi manu* [8] et *constitutum possessorium* [9]. Elle peut également se faire par représentants,

monnayé, par la consommation ou par le mélange avec notre propre argent (t. I, § 104, note 8), l'obstacle à la validité du *mutuum* disparaît, et le prêteur aura contre nous l'action résultant du contrat. Fr. 11, § 2 in f. D., *h. t.* — Fr. 13, pr. § 1, D., *eodem.* « Nam et si fur numos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumtis eis nascitur condictio. 1. Unde Papinianus libro octavo Quæstionum ait : *Si alienos numos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris.* Quodsi per partes eos consumseris, an per partes tibi condicam? quærit, et ait : me condicturum, si, admonitus alienos numos fuisse, ideo per partes condicam, quia nondum totos consumtos compererim. » — Fr. 19, § 1, D., *eodem.* « ... Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea, habet obligatum eum qui acceperit... » — Fr. 24, pr. § 2, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. — Fr. 56, § 2, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

[7] Ainsi, le pupille ne peut, sans l'autorisation de son tuteur, donner en *mutuum.* Gaius, II, 80. 81. 82. — § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Fr. 2, § 2. 4. Fr. 19, § 1, D., *h. t.* — Fr. 9, pr. D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. Lors donc que le pupille seul nous aura remis une somme d'argent dans l'intention de nous la prêter, il n'y aura ni transfert de propriété, ni *mutuum.* Par conséquent, tant que les espèces existeront en nature, elles pourront être revendiquées en nos mains. § 2, I., *cité,* et Arg. Fr. 11, § 2, D., *h. t.* Mais *quid,* si nous les avons consommées, croyant de bonne foi en être devenu propriétaire? Théophile, *ad* § 2, I., *cité,* pense que, dans ce cas, comme dans celui dont nous nous sommes occupé à la note 6, le *mutuum* est devenu valable par suite de la consommation et que, par suite, le pupille aura désormais la *condictio ex mutuo* envers nous. C'est évidemment une erreur; car il n'y a pas de *mutuum* sans consentement valablement donné : l'action accordée au pupille est une *condictio sine causa.* Fr. 32, D., *de rebus creditis* 12, 1. Fr. 29, D., *de condict. indebiti* 12, 6, et ci-après, § 277. Cf. ci-dessus, § 201, note 11. — Au cas que l'*accipiens* ait été de mauvaise foi en consommant l'argent, il serait tenu de tous dommages et intérêts, et peut, de ce chef, être poursuivi par l'*actio ad exhibendum.* § 2, I., *cité.* — Fr. 11, § 2, D., *h. t. Voy.* aussi ci-après, § 285.

[8] Voici trois exemples fournis par Ulpien : *A*) Fr. 9, § 9, D., *h. t.* « Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva et Proculus : etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi hæc posse, aiunt. Et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim cœpit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici. » — *B*) Fr. 15, D., *eodem.* « Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos numos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. » — *C*) Fr. 11, pr. D., *eodem.* « Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et numis utereris : si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quodsi lancem vel massam sine tua culpa perdideris, priusquam venderes, utrum mihi, an tibi perierit? quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne : ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quodsi non fui proposito hoc, ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris credidi. » Cf. Fr. 4, pr. in f. D., *eodem* et 19, pr. D., *de præscr. verbis* 19, 5. — Trois cas analogues sont traités au Fr. 34, pr. D., *mandati* 17, 1, par Africain, qui se prononce dans le sens d'Ulpien à l'égard du premier cas (*verbis* Nec huic simile), mais décide qu'il n'y a pas transfert de propriété, et par conséquent pas de *mutuum,* dans les cas compris sous les nos 2 et 3. Cette contradiction provient sans doute de ce que, du temps d'Africain, la théorie de l'acquisition de la possession par représentant n'était pas encore suffisamment développée. Dans le droit nouveau, on doit suivre l'opinion d'Ulpien, qui, d'ailleurs, est confirmée par des lois impériales L. 8, C., *si certum petatur* 4, 2. Cf. t. I, § 84, note 25, et § 106, note 11.

[9] Fr. 9, § 8, D., *h. t.* « Iulianus scribit... nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine

auquel cas l'action résultant du *mutuum* sera naturellement acquise au *dominus* [10]. Il faut en dire autant dans le cas où quelqu'un, dans l'intention de gérer pour nous, a prêté notre argent et que nous ratifions cette gestion, après en avoir eu connaissance [11].

2° Il faut que les choses données en prêt soient des choses fongibles qui puissent être rendues *in genere* [12]. Le cas le plus important est le prêt d'argent monnayé, qui diffère des autres espèces de prêt de consommation en ce qu'il constitue toujours un *negotium stricti iuris*, la *pecunia numerata* étant considérée chez les Romains comme ayant au plus haut degré le caractère de *certum* [13].

3° Les choses doivent être remises et acceptées avec l'intention commune des deux parties de contracter un *mutuum*, c'est-à-dire que la partie qui reçoit soit tenue de rendre autant de même espèce et qualité [14].

voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio, cum quotidie, crediturí pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro. »

[10] Fr. 2, § 4. Fr. 15. 26, D., *h. t.* — Fr. 9, § 8, *verbis* Si numos meos D., *eodem*, ci-dessus, § 206, note 20. — L. 4, C., *si certum petatur* 2, 4. — L. 2, C., *per quas personas nobis adquiritur* 4, 27. Dans ces cas, l'*actio ex mutuo* est directement acquise au *dominus ;* mais si le *contrat* même avait été conclu par un représentant, le principal n'aurait l'action que *utiliter, quasi ex iure cesso*. Arg. Fr. 2, D., *quando ex facto tutoris* 26, 9. — L. 2, C., *eodem*, 5, 39. Cf. ci-dessus, § 222, notes 9. 10, et § 206, note 19.

[11] Arg. L. 2, C., *si certum petatur* 4, 2, et ci-après, § 247. — Plusieurs auteurs modernes vont encore plus loin en accordant l'*actio ex mutuo* au propriétaire d'une somme d'argent qu'un tiers aurait prêtée à l'insu du maître et en dehors des conditions d'une *negotiorum gestio*. Ils donnent dans ce cas à l'action le nom de *condictio Iuventiana*, d'après le jurisconsulte Iuventius Celsus, auteur du texte qu'ils invoquent à l'appui de leur opinion. Fr. 32, D., *h. t.* C'est une erreur évidente : l'action dont il s'agit dans ce passage est la *condictio sine causa* et non pas l'*actio ex mutuo*, ce qui est important sous plus d'un rapport, notamment en ce que le propriétaire n'est point tenu d'observer le terme que le tiers a pu accorder à l'emprunteur, mais que, par contre, il ne peut pas non plus se prévaloir des hypothèques, cautions, etc. *Voy.* ci-dessus, § 201, note 11.

[12] Ulpien, Gaius et Pr. I., *h. t.*, transcrits ci dessus, note 2. — Fr. 2, § 1. 3, D., *h. t.* « ... in his rebus, quæ pondere, numero, mensura constant..... Nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia *aliud pro alio* invito creditore solvi non potest. » — Parmi les choses fongibles, autres que l'argent monnayé, qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum*, Gaius et Justinien, *ll. ll.* énumèrent : *æs, argentum, aurum, frumentum, vinum, oleum* (cf. ci-après, § 234, note 7, et ci-dessus, § 181, note 2). Les anciens parlent même du *mutuum* de poissons, *murænas ad pondus*. Varron, *de re rustica*, III, 17. — Pline, *H. N.*, IX, 55 (81). — Macrobe Saturn. II, 11 *in fine*.

[13] *Voy.* ci-dessus, §§ 194. 195, et ci-après, § 234, notes 6. 10.

[14] Car, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, s'il est vrai que c'est la *remise de la chose* qui donne à l'opération le caractère civilement obligatoire, il ne faut pas perdre de vue que c'est *l'intention commune des parties* qui détermine la nature spéciale et la teneur de l'obligation. Fr. 11, § 1, D , *h. t.*, ci-après, § 234, note 5. — Fr. 2, pr. D., *eodem*. « Mutuum damus recepturi non eamdem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus : nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. » Ainsi encore quand les parties ne sont pas d'accord sur la nature de l'opération, l'une croyant qu'il s'agit d'une donation, l'autre d'un *mutuum*, il n'y aura ni *mutuum* ni *donatio*, bien que la tradition ait pour effet de transférer la propriété de la somme délivrée et acceptée. Fr. 5, § 1, D., *de obl. et act.*

§ 234. *Effets du prêt de consommation. — Du sénatus-consulte Macédonien.*

L'emprunteur, devenu propriétaire de la somme de choses fongibles qui lui est remise, est tenu de donner en retour une somme égale de même espèce et qualité [1]. La perte fortuite des objets prêtés ne peut le libérer de cette obligation [2], par la raison que l'objet de sa dette est un *genus*, et qu'à l'égard des *obligationes generis*, il ne peut être question de *periculum* [3]. Par le même motif, nous n'avons point à nous occuper de la prestation de la faute, si ce n'est en ce qui concerne la demeure de l'une ou de l'autre des parties [4]. — L'emprunteur doit donner la même quantité qu'il a reçue, sauf convention contraire. Les parties peuvent convenir que l'emprunteur donnera moins que ce qu'il a reçu, mais la convention de rendre plus est sans effet [5]. Il s'ensuit rigoureusement que les parties ne peuvent ajouter au contrat de *mutuum* la convention que l'emprunteur payera des intérêts. Cette rigueur des principes a toujours été maintenue dans le prêt d'argent, qui constitue le *negotium stricti iuris* par excellence : le prêteur ne peut s'y faire promettre des intérêts que par une *stipulation* formelle, faite séparément et en dehors du contrat de prêt, et le payement des intérêts ne peut être poursuivi qu'au moyen de l'action particulière résultant de cette stipulation [6]. Dans le prêt de consommation d'autres choses, on finit par admettre que des intérêts peuvent être promis par un simple

44, 7. « Non satis autem est dantis esse numos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur : sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit, et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. » — Fr. 18, pr. D., *h. t.* — Fr. 36, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. *Voy.* encore ci-après, §§ 275. 276. 277, et ci-dessus, t. I, § 106, note 24.

[1] Gaius, III, 90 (Pr. I., *h. t.*), ci-dessus, § 233, note 2. — Fr. 2. 3, D., *h. t.* — Fr. 22, D., *eodem*, ci-dessus, § 195, note 12. — Fr. 1, § 2, D., *de obl. et actionibus* 44, 7. — Fr. 80, D., *de solutionibus* 46, 3. — Faisons ici observer que les mots *rendre* ou *restituer*, dont on se sert ordinairement pour désigner l'obligation de l'emprunteur, ne sont pas rigoureusement exacts : le débiteur ne doit pas *rendre* ce qu'il a reçu, il doit *donner* autant de même espèce et qualité ; son obligation consiste à *dare*, dans le sens propre du mot (Fr. 94, D. *de verb. signif.* 50, 16), tandis que l'obligation de *rendre* ou de *restituer*, comme dans le commodat, le dépôt et le gage, est une *obligatio faciendi*.

[2] § 2, *verbis* Et ei quidem I., *h. t.* 3, 14. — Fr. 9, § 9, D., *eodem* 12, 1. — Fr. 1, § 4, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet. »

[3] Et non pas par la raison que l'emprunteur devient propriétaire des sommes prêtées. Voir ci-dessus, § 177, notes 6-9. 16; § 191, notes 4. 5.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 180 ; § 182, notes 12-13; § 195, note 13.

[5] Fr. 11, § 1, D., *h. t.* « Si tibi dedero X sic, ut IX debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam IX. Sed si dedero, ut XI debeas, putat Proculus amplius quam X condici non posse. » — Fr. 17, pr. D., *de pactis* 2, 14. « Si tibi X dem et paciscar, ut XX debeantur, non nascitur obligatio ultra X. *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* »

[6] *Voy.* ci-dessus, § 182, notes 2. 3. 6, et Paul, II, 14, 1. — Fr. 10, § 5, D., *de in rem verso*

pacte [7]. — Le prêt d'une somme d'argent offre encore des particularités en ce qui concerne la restitution du capital prêté. En thèse générale, l'emprunteur doit le rembourser dans les mêmes espèces, sans que cependant, sauf convention contraire, le prêteur puisse refuser d'accepter la même quantité et d'autres espèces ayant cours légal [8]. Mais si les espèces ont changé de valeur, quelle quotité le débiteur sera-t-il tenu de rendre? En d'autres termes, pourra-t-il et devra-t-il rendre le même nombre d'espèces ayant le même poids et la même valeur intrinsèque? ou bien devra-t-il rendre la somme numérique prêtée dans les espèces ayant cours au moment du payement? Il serait sans doute plus conforme aux principes généraux de suivre la première opinion, puisque l'emprunteur est tenu de rendre autant de même qualité et espèce; mais le système contraire paraît plus en harmonie avec les idées des Romains, qui voyaient dans l'argent monnayé moins une valeur réelle qu'un signe représentatif de valeur [9].

Afin de poursuivre le remboursement du capital prêté, le créancier se

15, 3. — Fr. 10, § 4 in f. D., *mandati* 17, 1. — Fr. 24, D., *de præscr. verbis* 19, 5. « ... Pecuniæ... creditæ usuras nisi in stipulationem deductas non deberi. » — L. 28, C., *de pactis* 2, 3. — L. 3. 7, C., *de usuris* 4, 32. « Quamvis usuræ fenebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti non possiut, tamen ex pacti conventione solutæ neque ut indebitæ repetuntur, neque in sortem accepto ferendæ sunt. » — Le prêt d'argent à intérêt s'appelle chez les Romains *fenus*, et l'argent prêté *pecunia fenebris* ou *fenerata*. *Voy.* Brissonius et Dirksen, *his verbis*, et ci-dessus, §§ 181 et suivants.

[7] Cette faculté est accordée, pour le prêt de céréales, par un rescrit d'Alexandre Sévère. L. 12, C., *de usuris* 4, 32. « Frumenti vel hordei mutuo dati accessio, etiam ex nudo pacto, præstanda est. » — L. 23, C , *eodem*. — Il est intéressant de citer, à ce propos, un passage de saint Jérome, *in Ezechiel.*, VI, 18, d'où il paraît résulter que, dans le prêt de céréales, le taux de l'intérêt était habituellement de 50 p. c. : « Solent in agris frumenti et milii, vini et olei ceterarumque specierum (ci-dessus, § 184, note 7) usuræ exigi.... verbi gratia, ut hiemis tempore demus X modios et in messe recipiamus XV. » — D'autres constitutions impériales permettent de faire promettre un intérêt par simple pacte dans la *pecunia traiectitia* et pour des prêts faits par le fisc et par les villes. *Voy.* ci-après, § 235, note 7 et § 252, note 2.

[8] Fr. 99, D., *de solut.* 46, 3. « Respondit : Creditorem non esse cogendum in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit. » Le manuscrit de Florence porte *debitorem* au lieu de *creditorem*. D'après cette leçon, le fragment présenterait un autre sens et n'aurait aucun rapport avec notre question. — Il va sans dire que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à accepter des espèces démonétisées ou mises hors cours, quand même il aurait reçu de ces espèces ayant alors cours légal. Arg. Fr. 24, § 1, D., *de pign. act.* 13, 7, et les passages cités à la note suivante. — Le créancier qui s'est fait promettre le remboursement dans les mêmes espèces qu'il a données, peut-il exiger l'exécution de cette promesse quand même il n'y aurait aucun intérêt? La négative semble résulter du passage cité en tête de cette note et du Fr. 65, § 1, D., *de verb. obl.* 45; l'affirmative est soutenue par beaucoup de commentateurs, qui citent à l'appui de leur opinion quelques textes dans lesquels il s'agit d'une matière qui n'a pas le moindre rapport à notre question, tels que Fr. 30, § 6. Fr. 51. 108, § 10, D., *de legatis I* (30), et Fr. 1, § 7, D., *de dote prælegata* 31, 4.

[9] Arg. Fr. 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit... Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem ego haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, *cuius publica ac perpetua æstimatio*

servait dans l'ancien droit de la *legis actio per condictionem*, et, après l'abolition des *legis actiones* dans le droit nouveau, de la *condictio certi* [10], que l'on peut qualifier de *condictio ex mutuo*, si l'on veut en indiquer la source, et qu'une loi du Code appelle même *actio mutui* [11]. — On pourrait, à la rigueur, en théorie, concevoir une obligation éventuelle à la charge du prêteur, ce qui devrait donner à l'emprunteur une *actio contraria*. Mais comme probablement jamais des faits qui pourraient y donner lieu ne se sont présentés dans la pratique, les Romains n'ont pas jugé nécessaire de créer une action pareille, d'autant plus que si par hasard un cas de ce genre s'était présenté, l'emprunteur aurait eu à sa disposition d'autres moyens de droit, savoir l'*actio legis Aquiliæ*, ou l'*actio de dolo*, au cas que le prêteur eût agi avec le dessein de nuire [12].

† Observation. Le prêt d'argent offre encore une particularité remarquable, lorsqu'il est fait à une personne sous puissance paternelle. Le sénatusconsulte Macédonien, rendu sous l'empereur Claude et renouvelé sous Vespasien [13], statue que le prêt d'argent fait à un fils de famille, quels que soient d'ailleurs son âge et son état, ne produira point d'obligation civile. Si le demandeur en réclame le remboursement en justice, il peut être repoussé par l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* [14].

difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret : eaque materia, *forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate*, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. » — Fr. 42, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « ... Quia non, ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est. » — Fr. 94, § 2 in f. Fr. 99, D., *de solutionibus* 46, 3.

[10] Pr. in f. I., *quibus modis re contrah. obl.* 3, 14. — C'est aussi à propos du *mutuum* que le Digeste traite de la *condictio certi*. Tit. D., *de rebus creditis, si certum petetur, et de condictione* 12, 1. *Voy.* surtout Fr. 9, pr. D., *h. t.*

[11] L. 5, C., *quibus non obiicitur longi temp. præscr.* 7, 35. — Nous trouvons en outre les termes *condictio ex numeratione* au Fr. 9, § 5, D., *h. t.* — *actio pecuniæ creditæ* au Fr. 12, § 1, D., *de distract. pignorum* 20, 5, et chez Théophile, II, 14, 1. « δανειακὸς κονδικτίτιος. »

[12] Par exemple, quelqu'un me prête sciemment du blé empoisonné qui fait mourir mes esclaves, mes bestiaux, etc. Cf. ci-dessus, § 197, note 9.

† Paul, II, 10. — § 7, 1., *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur* 4, 7. — Tit. D., *de Scto Macedoniano* 14, 6. — Tit. Gregor. C., *eodem* 3, 8. — Tit. I. C., *ad Sctum Macedonianum* 4, 28. — Le sénatus-consulte fut ainsi nommé d'après un certain *Macedo*, qui tua son père afin de payer, au moyen de la succession paternelle, les dettes qu'il avait contractées pendant qu'il se trouvait sous puissance. D'après d'autres, *Macedo* aurait été le nom de l'usurier qui avait prêté l'argent; mais le contraire résulte tant du texte même du sénatusconsulte (cum inter ceteras... adhibuisset) que du récit de Théophile, *ad Inst.* IV, 7, 7.

[13] C'est ainsi que l'on concilie ordinairement Tacite, *Annales*, XI, 13, qui parle d'une *lex* de ce genre, avec Suétone, qui dit, dans la biographie de *Vespasien*, c. 11, que le sénatus-consulte fut rendu sur la proposition de cet empereur. *Voy.* Schulting, *ad Pauli S. R.* II, 10; Pothier, *Pand. Iust.* XIV, 6, et surtout Heineccius, *Antiquit. Rom.*, IV, 7, 7.

[14] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Verba senatusconsulti Macedoniani hæc sunt : Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, et sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post

Pour que cette exception puisse être opposée, il faut : 1° qu'il y ait réellement prêt d'argent. L'exception ne s'applique ni à des remises d'argent qui ne constituent pas un véritable prêt, ni à des opérations de prêt qui ont pour objet des choses autres que de l'argent [15]; 2° que l'emprunteur ait été sous la puissance paternelle au moment où le prêt a été fait [16].

Cette exception peut être opposée d'abord par le fils de famille lui-même, non-seulement tant qu'il est sous puissance, mais encore quand il est devenu *sui iuris;* ensuite par le père de famille, ainsi que par les héritiers du fils et du père [17]; enfin même par les personnes qui ont cautionné la dette, à moins qu'elles ne l'aient fait *donandi animo*, ou qu'il ne résulte des circonstances que la caution a été constituée précisément pour mettre le prêteur à l'abri de l'exception du sénatus-consulte [18].

L'exception peut être opposée en tout état de cause, même après l'obtention du jugement, afin d'en empêcher l'exécution [19]. Elle a pour effet de paralyser pour toujours l'action du prêteur, de manière qu'il ne lui est jamais possible de poursuivre en justice le remboursement du prêt [20]. Il est cependant à remarquer que, tout en anéantissant l'action, l'exception laisse subsister une obligation naturelle [21], d'où il résulte, entre autres, que ce qui a été payé en remboursement du prêt ne peut être répété comme indûment payé [22].

MORTEM PARENTIS EIUS, CUIUS IN POTESTATE FUISSET, ACTIO PETITIOQUE DARETUR, UT SCIRENT, QUI PESSIMO EXEMPLO FENERARENT, NULLIUS POSSE FILIIFAMILIAS BONUM NOMEN EXPECTATA PATRIS MORTE FIERI. »

[15] Fr. 3, § 2. 3. Fr. 4, Fr. 7, pr. § 1. 3. Fr. 14, D., *h. t.* — Cependant si les parties ont caché frauduleusement un prêt sous le nom d'un autre contrat (opération que les commentateurs désignent par un terme barbare emprunté à la langue arabe : *contractus mohatræ* ou *mobatræ*), le sénatus-consulte macédonien souffre application. Fr. 3, § 3. Fr. 7, § 3, D., *h. t.*

[16] Le texte du sénatus-consulte ne parle que des *filiifamilias;* mais la jurisprudence en étendit l'application à tous les enfants et descendants sous puissance. § 7, I., *cité.* — Fr. 1, § 3. Fr. 3, § 4. Fr. 4. 9, § 2. Fr. 14, D., *h. t.* — L. 6, § 1, C., *eodem.*

[17] § 7, I., *cité.* — Fr. 7, § 10. Fr. f. 9, § 3, D., *h. t.*

[18] Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus*, 42, 1. — Fr. 9, § 3, D., *h. t.* — Fr. 2, D., *quæ res pignori* 20, 3 — Cf. ci-après, § 263, notes 12-15.

[19] Fr. 11, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, t. I, § 64, note 4.

[20] PAUL, II, 10, 1. — Fr. 1, pr. D., *h. t.* « ... Placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, ACTIO PETITIOQUE DARETUR... »

[21] Le créancier pourra-t-il opposer cette créance en compensation? Comparez les Fr. 6 et 14, D., *de compensationibus* 16, 2.

[22] Fr. 9, § 4. 5, D., *h. t.* — Fr. 10, D., *eodem.* « Quia naturalis obligatio manet. » — Fr. 40, pr. D., *de condict. indeb.* 12, 6. Mais pour que le prêteur puisse se prévaloir de cette disposition, il faut qu'il y ait réellement *solutum*, c'est-à-dire payement valable (ci-après, § 288). Notamment si le fils de famille a payé avec l'argent d'un autre, sans que celui-ci l'y ait autorisé, les espèces payées pourront être revendiquées par leur propriétaire, fût-ce même le père de l'emprunteur, tant qu'elles existent. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* — Fr. 14, D., *de reb. cred.* 12, 1. Si les espèces ont été consommées par le prêteur, il faut distinguer s'il a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans la dernière hypothèse, il pourra toujours être poursuivi en restitution; pour le cas de bonne foi, le Fr. 14, D., *de reb. cred.* 12, 1, refuse l'action contre lui, tandis que le Fr. 9, § 1, D., *h. t.*,

Le fils de famille ne peut point, durant la puissance paternelle, renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Macédonien; mais il lui est refusé dans les cas suivants : 1° s'il s'est frauduleusement fait passer pour *sui iuris* [23]; 2° si, étant devenu *sui iuris,* il a reconnu la dette, soit expressément, soit tacitement [24]; 3° jusqu'à concurrence de ses pécules, *castrans* et *quasi-castrans,* s'il en a [25]. — Il est refusé au père et au fils : 1° si le père a consenti au prêt, soit tacitement, soit expressément, ou s'il l'a ratifié [26]; 2° si l'argent a été employé au profit ou à la décharge du père [27]; 3° si le prêteur avait de bonnes raisons de croire l'emprunteur *sui iuris* [28]; 4° si l'argent a été emprunté pour payer une dette non soumise au sénatus-consulte [29]; 5° si le fils de famille était soldat au moment du prêt [30]. — Enfin, quand le prêteur est mineur, le sénatus-consulte ne s'applique qu'avec la restriction usitée, d'après laquelle, en cas de conflits de droits, il faut protéger plutôt la personne qui veut éviter une perte que celle qui cherche à s'enrichir [31].

semble la donner dans tous les cas, *ex omni eventu.* — Le fils devenu héritier de son père et qui voudrait, en cette qualité, répéter l'argent déboursé, comme n'ayant pas été valablement payé, serait repoussé par une *exceptio doli,* analogue à l'*exceptio rei venditæ et traditæ.* Fr. 26, § 9, D., *de condict. indeb.* 12, 6.—Un texte du Digeste contient une décision particulière qui admet la répétition pour cause d'erreur excusable. Fr. 8, D., *h. t.* « Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. »

[23] L. 1, C., *hoc titulo.*

[24] L. 2, C., *h. t.* « ... Zenodorus si, cum sui iuris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quæ patris oneribus incumberet, vel suæ potestatis constitutus, novatione facta, fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. » Cf. Fr. 20, D., *h. t.* — Fr. 7, § 16, D., *eodem.* « Si paterfamilias factus solverit *partem debiti,* cessabit senatus-consultum : nec solutum repetere potest. » — Fr. 9, pr. D., *eodem.* « Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. »

[25] Fr. 1 in f. Fr. 2, D., *hoc titulo.*

[26] Fr. 7, § 11 in f. 15. 16. Fr. 9, pr. Fr. 12. 16. D., *h. t.*—L. 2. 4. 5. 7, pr. C., *eodem,* et ci-dessus, § 223, n° 3. —Le consentement peut être donné pour une série d'affaires, par exemple, quand le père a institué son fils *exercitor* ou *institor.* (Fr. 7, § 11. D., *h. t.* et ci-dessus, § 223, n°s 1. 2). Mais la concession d'un pécule faite par le père n'exclut pas l'exception du sénatus-consulte; car elle n'implique pas la faculté de faire des emprunts, à moins que le fils ne soit autorisé à faire le commerce. Fr. 7, § 11 in f. D., *h. t.* Cf. Théophile, *ad Inst.,* IV, 7. 7 et ci-dessus, § 223, n°s 4. 5.

[27] Naturellement jusqu'à concurrence de ce qui a été *versum in rem patris.* Fr. 7, § 12. 13. Fr. 17, D., *h. t.*— Fr. 7, § 5, D., *de in rem verso* 15, 3.— Fr. 47, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.— L. 2, C., *h. t.,* ci-dessus, note 24.—(L. 1, Gr. C., *h. t.*) L. 5, J. C., *h. t.,* « .... eius pecuniæ, quæ studiorum vel legationis causa.... ad necessarios sumtus, quos patris pietas non recusaret, credita est. » —*Novelle* 115, c. 3, § 13 in f. — Cf. ci-dessus, § 223, n° 6.

[28] Fr. 3, pr. Fr. 19, D., *h. t.*— L. 2, C., *eodem.* — Ce cas ne doit pas être confondu avec celui dont nous avons parlé à la note 23.

[29] Fr. 7, § 14, D., *h. t.* « Si filius accepit mutuam pecuniam ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, senatusconsulti cessabit exceptio. » Le mot *liberare* (*creditorem*) signifie ici *payer* le créancier, éteindre l'obligation.

[30] L. 7, § 1, C., *hoc titulo.*

[31] Fr. 11, § 7, D., *de minoribus,* 4, 4. « Plane si minor annis cum filiofamilias maiore

§ 235. *De la* pecunia traiectitia *et du* fenus nauticum †.

Celui qui, se trouvant dans la nécessité d'envoyer outre mer une somme d'argent ou d'autres choses fongibles, voudrait se mettre à l'abri du risque des cas fortuits auxquels son envoi est exposé, se servirait aujourd'hui de l'assurance maritime. Les Romains obtenaient, d'une manière moins parfaite il est vrai, le même résultat, en revêtant la convention de la forme du *mutuum*, forme qui, au reste, se retrouve encore plus ou moins dans le droit maritime d'aujourd'hui, sous le nom de prêt à la grosse.

L'assureur prêtait à l'assuré une somme d'argent que ce dernier s'obligeait à rembourser si les valeurs arrivaient au port désigné — de là *pecunia traiectitia* ou *nautica* [1], — tandis qu'il n'était tenu de rien dans l'hypothèse contraire. L'opération n'était donc autre chose qu'un *mutuum* sous condition, et cette condition consistait à mettre le *periculum* de l'argent prêté à la charge du prêteur, contrairement à la règle générale d'après laquelle l'emprunteur est toujours tenu de rendre, sans qu'il puisse se prévaloir de la perte de la somme prêtée. Le prêteur supporte le *periculum* à partir du jour où le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est arrivé au port ou au lieu de sa destination, sauf convention contraire des parties [2]. — En compensation des chances défavorables que l'assureur prend sur lui, il est autorisé à se faire promettre un intérêt plus élevé que celui que la loi permet de prendre dans le prêt ordinaire. Cet intérêt plus élevé est appelé *fenus nauticum*, *usuræ maritimæ*. Du temps des jurisconsultes classiques, aucune limite n'était fixée à cet égard [3]. Justinien cependant restreignit le taux de l'intérêt maritime à

contraxerit, et Iulianus libro quarto Digestorum, et Marcellus libro secundo Digestorum scribit : posse in integrum restitui, ut magis ætatis ratio quam senatusconsulti habeatur. » — Fr. 34, pr. D., *eodem*. « Si minor viginti quinque annis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatæ tempore is, qui accepit. » — On met ordinairement sur la même ligne le fils de famille qui aurait prêté à un autre fils de famille, en s'appuyant sur le Fr. 3, § 2, D., *h. t.* « Si filiusfamilias crediderit, cessare senatusconsultum, *quod mutua pecunia non sit*, quamvis liberam peculii administrationem habuit : non enim perdere ei pecuniam pater concedit, cum peculii administrationem permittit. » Mais ce passage, en refusant l'application du sénatus-consulte, donne comme motif la non-validité du prêt, *quod mutua pecunia non sit*, et non pas la qualité tout accidentelle de celui qui a donné l'argent. Cf. Fr. 11, § 2, D., *de rebus creditis*, 12, 1.

† Titt. D., *de nautico fenore* 22, 2 ; C., *eodem* 4, 33.

[1] Fr. 1, D., *h. t.* « Traiectitia ea pecunia est, quæ trans mare vehitur : ceterum, si eodem loci consumatur, non erit traiectitia... » — Fr. 3, D., *eodem*. « In nautica pecunia ex eo die periculum spectat, ex quo navem navigare conveniat. » — Fr. 122, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[2] Fr. 3, D., *cité*. — Fr. 4, pr. Fr. 6, D., *eodem*. — L. 1. 4, C., *h. t.* — Il va sans dire que nous ne parlons ici que du cas purement fortuit ; le *casus culpa debitoris determinatus* serait à la charge de l'emprunteur. L. 3, C., *h. t.*

[3] Paul, II, 14, 3. « Traiectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest. » — Fr. 4, § 1. Fr. 5, D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem*. Cf. Fr. 4, pr. D., et L. 1, C, *eodem*.

douze pour cent, *usuræ legitimæ*, calculé d'après le temps du voyage [4]. Une constitution postérieure rendit plus de liberté aux parties contractantes en admettant pour le voyage, alors même qu'il durerait moins d'un an, un intérêt de douze et demi pour cent du capital ou bien dix pour cent et une commission extraordinaire [5]; mais cette disposition fut abolie par une dernière Novelle du même empereur, qui rétablit sa constitution primitive [6]. — Remarquons encore que le *fenus nauticum* pouvait être constitué par un simple pacte, tandis que la stipulation était, en thèse générale, nécessaire pour se faire promettre des intérêts dans le prêt d'argent ordinaire [7].

Les dispositions qui précèdent ne se rapportaient originairement qu'aux envois d'argent monnayé; mais il était facile de les appliquer à d'autres objets, en convenant qu'une somme d'argent devait être employée à l'achat de marchandises dont l'assureur assumerait le *periculum* [8]. On finit même par les étendre à toutes opérations quelconques, même non maritimes, dont le prêteur assume les chances de perte fortuite, en ce sens que l'emprunteur ne sera tenu de rendre que dans le cas où une condition stipulée dans son intérêt viendra à s'accomplir [9].

Du prêt a usage. *Commodatum* †.

§ 236. *Notion et conditions requises. — Actions.*

Le *commodat* [1] est un contrat par lequel l'une des parties livre gratui-

[4] L. 26, § 1, C., *de usuris* 4, 32.

[5] Cette prime d'assurance avait été introduite par l'usage du commerce et s'était maintenue contrairement à la disposition de la loi. Justinien consacra l'usage par la *Novelle* 106. « ... Nostra iussio quæ consuetudinem ad certissimam duceret formam... Et si quidem placuerit creditoribus *in singuiis solidis* pecuniarum quas dederint, *unum tritici modium aut hordei imponere navi*, quæ mercedem publicis præberent pro eo teloniariis, sed quantum ad ipsos sine telonio navigare naves, et hunc habere fructum earum, quas crediderunt, pecuniarum, et insuper etiam pro *X aureis unum percipere solidum* pro usuris, in ipsos autem creditores respicere ex eventibus periculum. Si vero non erumpant hanc viam creditores, octavam partem percipere pro singulis solidis nomine usurarum, non in tempus aliquod certum numerandum, sed donec naves revertantur salvæ... »

[6] *Novelle* 110. Cette Novelle, au reste, n'est point glosée.

[7] Fr. 5, § 1. Fr. 7, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, § 234, notes 6 et 7.

[8] Fr. 1, D., *h. t.* « Sed videndum, an merces ex ea pecunia (*sc.* traiectitia) comparatæ in ea causa habeantur? Et interest utrum etiam ipsæ periculo creditoris navigent; tunc enim traiectitia pecunia fit. »

[9] Fr. 5, D., *h. t.* Ce passage, qui commence par les mots : Periculi pretium, est compté parmi les *leges damnatæ* du Digeste (ci-dessus, § 182, note 6). Il mérite quelque peu cette qualification à cause de la grande variété de leçons que présentent les manuscrits et les éditions. Cependant, si l'on remplace, avec les *Basiliques*, le mot *condiciones*, qui ne présente aucun sens, par *conditiones*, on arrive à une solution conforme à la proposition que nous avons formulée dans notre texte.

† Paul, II, 4. — § 2, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. — Tit. D., *commodati vel contra* 13, 6. — Tit. C., *de commodato* 4, 23.

[1] *Commodare* est *commodo dare*. Labéon distinguait entre *commodare* et *utendum dare*, en

tement à l'autre l'usage d'une chose, à la charge par cette dernière de rendre la chose après s'en être servie [2].

Pour qu'il y ait commodat, la réunion des conditions suivantes est requise :

1° Il faut que la chose dont l'usage va être accordé soit remise à l'emprunteur. La simple promesse de prêter ne crée point de lien civilement obligatoire entre les parties : *re contrahitur obligatio* [3].

2° Il faut que l'intention commune des parties soit que l'emprunteur se serve de la chose. L'emprunteur n'en devient donc point propriétaire par la remise, il n'en a pas même la possession [4]. Il s'ensuit, entre autres, que le prêteur n'a pas besoin d'avoir un droit sur la chose qu'il prête; il suffit qu'il puisse en disposer physiquement [5].

3° La remise de la chose doit être faite à la charge par l'emprunteur de la rendre en nature [6]. Il en résulte que des choses qui se consomment par l'usage ne peuvent, en général, faire l'objet du commodat, à moins que l'usage auquel on les destine, dans l'espèce, ne soit possible sans consommation [7]. Mais, abstraction faite de cette restriction, imposée par la nature des choses, le commodat s'applique à toute espèce d'objets, tant immobiliers que mobiliers [8].

n'appliquant le premier terme qu'au prêt de choses mobilières; mais, dans le langage des jurisconsultes classiques, *commodare* est devenu le terme technique pour désigner tout prêt à usage quelconque. *Voy.* Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, et ci-après, note 8. Plus tard, le mot *commodare* s'emploie aussi du prêt de *consommation*. L. 1. Th. C., *quod iussu* 2, 3. — L. 2, I. C., *de his qui ex publicis rationibus mutuam pecuniam acceperunt* 10, 6.

[2] § 2, I., *quib. mod. re contr. obl.* 3, 14. « Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat : namque non ita res datur, ut eius fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur... »

[3] *Voy.* ci-dessus, § 207, note 7, et § 232.

[4] Fr. 8. 9, D., *h. t.* — Fr. 3, § 20, D., *de adquirenda possessione* 41, 2.

[5] Ainsi peuvent prêter l'usufruitier, le locataire, etc. Arg. Fr. 1, § in f. D., *h. t.* (ci-après, note 8). Même le voleur peut prêter, c'est-à-dire que si j'ai reçu une chose à titre de prêt, je suis obligé comme commodataire envers celui qui me l'a prêtée. en eût-il acquis la possession par vol. Fr. 64, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 15. 16, D., *h. t.* — Il est même possible que le propriétaire emprunte sa chose à un autre, par exemple, à l'usufruitier ou à quelqu'un à qui il l'a donnée en location. C'est avec ce tempérament qu'il faut entendre le Fr. 15, D., *depositi* 16, 3. « Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur : sicuti, qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato. » *Voy.* ci-dessus, § 216, note 3, et ci-après, § 238, note 5.

[6] § 2, I., *cité* à la note 2. — Fr. 26, D., *de præscr. verbis* 19, 5. « Si tibi scyphos dedi, ut *eosdem* mihi redderes, commodati actio est... »

[7] Fr. 3, § 6, D., *h. t.* « Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. » — Fr. 4, D., *eodem*. « Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » Cf. Fr. 28, D., *de usufructu* 7. 1, et ci-dessus, § 216, note 4.

[8] Fr. 1, pr. § 1, D., *h. t.* « Ait prætor : QUOD QUIS COMMODASSE DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO. 1. Huius edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum, quod, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi fecerit mentionem. Inter commodatum

4° Enfin, le commodat est essentiellement gratuit. Une récompense promise au prêteur donnerait au contrat un autre caractère [9].

L'emprunteur, en recevant la chose prêtée, s'oblige à la restituer après s'en être servi. Cette obligation est une conséquence nécessaire du contrat et fait naître, en faveur du prêteur, l'*actio commodati* (*directa*). Mais éventuellement ce dernier peut être obligé envers l'emprunteur par suite de divers faits que nous indiquerons avec plus de précision au paragraphe suivant. Pour faire valoir ces droits, s'il y a lieu, l'emprunteur jouit également d'une action appelée *commodati contraria* [10].

§ 237. *Effets du prêt à usage.*

A) *Pour l'emprunteur.* 1° Il peut se servir de la chose prêtée, mais seulement à l'usage auquel elle est destinée, soit par sa nature, soit par la convention. S'il en fait un autre usage, il est responsable des suites. Chez les Romains, il pouvait même y avoir lieu de frapper cet abus des peines du vol, *furtum usus,* si les conditions requises pour constituer un vol se rencontraient dans l'espèce [1]. 2° Il doit rendre la chose prêtée au temps convenu [2], et la rendre telle qu'il l'a reçue, *cum omni causa* [3]. A cet égard,

autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur et quæ soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius, etiam habitationem commodari posse, ait. » Cf. Fr. 17, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

[9] § 2 in f., I., *quib. mod. re contr. obl.* 3, 14. « ... Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente, *locatus* tibi usus rei videtur : gratuitum enim debet esse commodatum. — Fr. 5, § 12, D., *h. t.* — Fr. 17, § 3, D., *de præscr. verbis* 19, 5. — Une récompense accordée *ex post* au prêteur ne change rien à la nature de la convention. Arg. Fr. 6, pr. D., *mandati.* « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. » *Voy.* ci-dessus, § 220, note 22.

[10] *Voy.*, en général, ci-dessus, § 197, et spécialement pour le commodat, les Fr. 17, § 3. Fr. 18, § 2, D., *h. t.*

[1] Gaius, III, 196. — § 6. 7, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 5, § 7. 8. Fr. 10, pr. D., *h. t.* — Fr. 10. 54, § 1. Fr. 76, pr. D., *de furtis* 47, 2. Les anciens Romains étaient, sous ce rapport, d'une sévérité extrême envers l'emprunteur. Valère-Maxime, VIII, 2, 4. « Quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset. » — Aulu-Gelle, VII, 15. « Q. Scævola... libro XVI de iure civili... Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit ad aliam rem, atque acceperit, usus est, furti se obligavit. » Le droit nouveau est moins facile à admettre le délit de vol. *Voy.* ci-après, § 269, notes 6. 14.

[2] Notamment il ne peut en refuser la restitution sous prétexte que le prêteur lui doit quelque chose, à moins qu'il n'y ait entre cette dette et le commodat une connexité qui l'autorise à user du *ius retinendi. Voy.* ci-après, note 15, et L. 4, C., *h. t.* « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. » — Quant à la question de savoir si le commodataire peut refuser de restituer la chose prêtée sous prétexte qu'elle lui appartient, *voy.* ci-après, § 239, notes 8. 9.

[3] § 2, I., *h. t.* — Fr. 3, § 1, D., *h. t.* « Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, nisi quod interest præstetur; proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. » — Fr. 38, § 10, D., *de usuris* 22, 1.

il est tenu de toute faute, et spécialement de la *custodia* [4]; mais il ne répond pas du cas fortuit, à moins que ce ne soit *casus dolo* ou *culpa determinatus* [5]. La preuve du cas fortuit incombe naturellement au commodataire; il n'est point libéré s'il a sauvé ses propres choses dans le même danger dans lequel a péri la chose prêtée [6]. Par une exception particulière dont nous avons parlé au § 173, l'emprunteur est tenu même des cas fortuits quand la chose a été estimée en prêtant, à moins que l'intention des parties n'y soit contraire [7]. Au reste, la responsabilité du commodataire est moins rigoureuse, si le prêt est fait dans l'intérêt commun des deux parties ou dans l'intérêt unique du prêteur [8]. 3° La loi n'établit point la solidarité entre plusieurs commodataires. Cependant, comme l'obligation résultant du commodat consiste à faire, elle est naturellement indivisible, et chacun des commodataires peut être poursuivi *in solidum;* mais la condamnation aux dommages et intérêts se divise entre eux [9].

B) *Pour le prêteur*. L'obligation résultant du commodat est unilatérale; le prêteur n'est donc point *à priori* obligé envers l'emprunteur. Pourtant il doit le laisser jouir pendant le temps convenu [10]. Sous ce rapport, il est

[4] § 2, I., *h. t.* — Fr. 5, § 2. 5. 6. 9 sqq. Fr. 10. Fr. 18, pr. D., *eodem.* — Fr. 1, § 4, D., *de obl. et act.* 44, 7. — *Voy.* aussi Gaius, III, 206, et § 18, I., *de obl. ex delicto* 4, 1.

[5] § 2, I., *cité.* — Fr. 5, § 4. 7. 13. 14. Fr. 10. Fr. 18, pr. *verbis* Quod autem D., *hoc titulo.*

[6] Fr. 5, § 4, D. « Proinde, et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum posset res commodatas salvas facere, suas prætulisset. »

[7] Fr. 5, § 3, D., *h. t.* « Et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit. » — Cf. ci-dessus, § 173, note 25.

[8] Quand le prêt se fait dans l'intérêt commun, le commodataire est responsable, comme l'associé, *de diligentia qualem in suis rebus adhibere solet.* Fr. 18, pr. *verbis* At si utriusque D., *h. t.* — Il n'est tenu que de *culpa lata* dans le cas, naturellement très-rare, où le prêt se fait dans l'intérêt du prêteur. Fr. 5, § 10, D., *eodem.*

[9] Le Fr. 5, § 15, D., *h. t.* dit, à la vérité, que plusieurs commodataires répondent *in solidum* de *dolus, culpa* et *diligentia*, et qu'ils sont *quodammodo duo rei.* Mais le premier point est une conséquence naturelle de l'indivisibilité de l'obligation, et, quant au second, le mot *quodammodo* indique suffisamment que les commodataires ne sont pas réellement *correi,* mais qu'ils ressemblent aux *correi* au point de vue de la poursuite *in solidum.* Aussi le Fr. 21, § 1, D., *h. t.*, qui traite des dommages et intérêts résultant de la non-restitution de la chose prêtée, n'accorde l'action du commodat entre plusieurs commodataires que *pro cuiusque parte.* Les partisans de la corréalité en matière du commodat rejettent ce passage en se fondant sur les mots *communi periculo* qui s'y trouvent, et qui, d'après eux, doivent faire supposer la convention particulière que les commodataires ne seraient tenus que *pro rata.* Cette interprétation est forcée; mais quand même on voudrait l'admettre, nous aurions en faveur de notre opinion l'analogie du dépôt et du mandat. *Voy.* ci-après, § 239, notes 16. 17, et ci-dessus, § 221, note 11. — En résumé : quand il y a plusieurs commodataires, chacun d'eux peut être poursuivi *in solidum,* mais ils ne sont tenus d'exécuter que *pro parte,* ou, comme le dit Paul, au Fr. 85, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. « In solidum vero agi oportet, et partis solutio adfert liberationem... »

[10] Fr. 17, § 3, D., *h. t.* « Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque præscribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem præscribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum

tenu de son dol et de sa faute lourde [11], notamment dans les cas où l'usage de la chose prêtée aurait été pour l'emprunteur la cause d'un dommage [12]. En outre, il peut être éventuellement tenu de rembourser à celui-ci les impenses qu'il a dû faire sur la chose [13]. — Afin d'obtenir la prestation de ces obligations, l'emprunteur a l'action contraire du commodat [14]; il peut même, le cas échéant, exercer le *ius retentionis* [15]. Si le commodataire, faute de restituer la chose prêtée, a été contraint d'en payer l'estimation, il peut encore se servir de l'*actio commodati contraria*, soit pour réclamer la chose au cas qu'elle serait revenue au pouvoir du prêteur, soit pour exiger, dans tous les autres cas, que ce dernier lui cède les actions qu'il peut lui-même intenter en sa qualité de propriétaire, etc. L'emprunteur pourrait même, le cas échéant, intenter en nom personnel une revendication utile contre les tiers qui détiendraient la chose [16].

accipiendumque; geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositæ sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit... » — C'est sans aucun fondement que quelques auteurs ont voulu établir une exception à cette règle pour le cas où le prêteur aurait besoin lui-même de la chose prêtée. La disposition de la L. 3, C., *de locato et conducto* 4, 64 (ci-dessus, § 217, note 4), ne saurait être alléguée à l'appui de cette opinion : d'abord parce que cette loi est tout à fait exceptionnelle, ensuite parce qu'il n'y a point d'analogie complète entre le contrat unilatéral du commodat et l'obligation essentiellement bilatérale du louage.

[11] Il peut exceptionnellement être tenu de *culpa levis* dans les cas cités à la note 8.

[12] Fr. 17. § 3 in f. D., *h. t.* « Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodasti; adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse, dicendum est. » – Fr. 18, § 3, D., *eodem.* « Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. » – Fr. 22, D., *eodem.* — Pour le Fr. 31 in f. D., *de pignorat. act.* 13. 7, *voy.* ci-dessus, § 221, note 17.

[13] Paul, II, 6. « Quidquid in rem commodatam ob morbum, vel aliam rationem impensum est, a domino recipi potest. » – *Coll. leg. Mos.*, X, 2, 5, ci-après, § 259, note 20. – Fr. 18, § 2, D., *h. t.* « Possunt iustæ causæ intervenire, ex quibus cum eo qui commodavit agere deberet : veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæ post fugam requirendi reducendique eius causa factæ essent. Nam cibariorum impensæ, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad maiores impensas pertinere debet : modica enim impendia verius est ut, sicuti cibariorum, ad eumdem pertineant. » – Cf. Fr. 20 in f. D., *de adquir. possessione* 41, 2.

[14] Faisons observer, bien que la chose soit évidente, que l'action contraire subsisterait, alors que l'obligation directe serait venue à s'éteindre par la perte fortuite de la chose prêtée. Fr. 16, § 4, D., *commodati* 13, 6. Cf. Fr. 10, § 1, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 8, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 4, D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1.

[15] Fr. 18, § 4, D., *h. t.* – Fr. 15, § 2. Fr. 59, D., *de furtis* 47, 2. — La L. 4, C., *de commodato*, 4, 23. « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur, » n'est pas contraire, car il est évident qu'il s'y agit d'un *debitum* non connexe. Cf. t. I, § 40 *in fine*.

[16] A) Fr. 17, § 5, D., *h. t.* « Rem commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi; deinde res in potestate tua venit : Labeo ait, contrario iudicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod a me accepisti, reddere. » Cf. Fr. 13, pr. D., *eodem.* « Is, qui commodatum accepit, si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei præstet. » – Fr. 21,

Du dépôt. *Depositum* †.

§ 238. *Notion et conditions requises. — Actions.*

Le dépôt est un contrat par lequel l'une des parties remet une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement et s'oblige à la rendre [1]. Pour désigner la même opération, les Romains se servent encore du mot *commendare* [2].

Le contrat exige donc la réunion des conditions suivantes : 1° Il faut que l'une des parties dépose chez l'autre une chose, ce qui semble indiquer que les choses mobilières seules peuvent être l'objet d'un dépôt. La remise de la chose est une condition indispensable pour l'existence du contrat; une simple convention par laquelle quelqu'un s'engagerait à garder une chose qui ne lui est pas encore remise, ne crée point de lien civil entre les parties [3]. 2° Il faut que la remise se fasse dans l'intention commune que celui qui reçoit la chose la garde pour le déposant et la lui restitue [4]. Le dépositaire n'acquiert aucun droit sur la chose déposée [5],

pr. D., *h. t.* — *B*) Fr 12, D., *de re iudicata* 42, 1. « In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat. » — *C*) Fr. 5, § 1, D., *h. t.* « Si quis hac actione egerit, et oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit. » Cf. Fr. 3, D., *de adq. possess.* 41, 2. « Litis æstimatio similis est emtioni, » et Fr. 63, D., *de rei vindicatione* 6, 1.

† Ulpien, *fragm. Vindobonense*, III, 2. « Depositi quoque utilitatem ius gentium prodidit, ut quivis custodiendam rem suam animalem vel [inanimalem amico dare possit, isque ei ad rem bona fide reddendam teneatur] ». — Paul, II, 12. — *Codex Greg.*, IV, 3. — *Codex Hermog.*, tit. XIII. — *Collatio legum Mosaic. et Roman.*, tit X. — § 3, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. — Tit. D., *depositi vel contra* 16, 3. — Tit. C., *eodem*, 4, 34.

[1] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « *Depositum* est quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur. Præpositio enim de auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. » — *Coll. leg. Mosaic.*, X, 7, 2. « *Depositum* est quasi diu positum... » — Isidore, *Orig.*, XIII, 25. « *Depositum* est pignus commodatum ad tempus, quasi diu positum. »

[2] Paul, I, 21, 4 et 9. II, 12, 4. — *Collatio leg. Mosaic.*, X, 3 et 7, 4. — Fr. 24. 26, pr. D., *h. t.* — Fr. 186, D., *de verb. signif.* 50, 16. — L. 6. 9, C., *h. t.*

[3] *Voy.* ci-dessus, § 207, note 7 ; § 232 et § 236, note 3.

[4] C'est par cette intention que le dépôt diffère des autres contrats réels. *Voy.* ci-dessus, § 232, et ci-après, § 239, notes 23 et suivantes.

[5] C'est pourquoi il y a dépôt bien que la chose n'appartienne pas au déposant. Même le voleur peut déposer et par suite intenter l'action en restitution du dépôt. Fr. 1, § 39. Fr. 31, § 1, D., *h. t.* — Fr. 64, D., *de iudiciis* 5, 1. *Voy.* ci-dessus, § 236, note 5. — Pourtant si l'on me remettait à garder une chose qui est ma propriété, il n'y aurait, en thèse générale, point de dépôt, par la raison que je ne puis pas avoir l'intention sérieuse de garder *ma* chose pour *un autre*. Fr. 15, D., *h. t.*, *cité* au § 236, note 5. — Fr. 45, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest. » — Fr. 31, § 1, *verbis* Si tamen ignorans latro D., *h. t.* — On conçoit au reste que, dans des cas exceptionnels, nous puissions recevoir valablement le dépôt de notre chose, par exemple, quand l'usufruitier ou le locataire dépose pour un certain temps la chose louée ou sujette à usufruit chez le propriétaire qui l'accepte en connaissance de cause. *Voy.* ci-dessus, § 216, note 3 ; § 236, note 3, et l'argumentation du Fr. 31, § 1, D., *h. t.*

il n'en a que la simple détention [6]. 3° Le contrat est essentiellement gratuit [7]. S'il y a une récompense stipulée pour la garde de la chose, la convention prend la nature d'un autre contrat, soit du contrat de louage, soit d'un contrat innommé [8].

Le dépôt fait nécessairement et directement naître une obligation à la charge du dépositaire, obligation qui peut être poursuivie par le déposant au moyen de l'*actio depositi* (*directa*). Éventuellement cependant le déposant peut aussi devenir débiteur du dépositaire, particulièrement quand celui-ci a souffert un dommage par suite du dépôt, ou qu'il a dû faire des impenses pour la conservation de la chose déposée. Pour ces cas, la loi offre à ce dernier une action, appelée *depositi contraria* [9].

§ 239. *Effets du dépôt. — Dépôt nécessaire. — Dépôt irrégulier.*

A) Le dépositaire, en recevant le dépôt, se soumet aux obligations suivantes : 1° Il est tenu de garder la chose déposée et de veiller à sa conservation [1]. Si les parties ont fixé un terme pour le dépôt, le dépositaire doit le garder pendant ce temps ; mais le déposant, en faveur de qui le dépôt se fait, est libre de le reprendre quand il veut [2]. Le dépositaire n'a point le droit d'user de la chose; s'il le fait, il peut s'exposer aux peines du vol, *furtum usus* [3]. 2° Après l'expiration du temps convenu, ou même à tout moment, sur la demande du déposant, le dépositaire doit restituer la chose en l'état où il l'a reçue, *cum omni causa* [4]. Le dépôt doit

[6] Fr. 17, § 1, D., *h. t.* – Fr. 3, § 20, D., *de adq. poss.* 41, 2. Mais *voy.* ci-après, § 240, n° 4.

[7] § 12, I., *de mandato* 4, 26. – Fr. 1, § 8. 10, D., *h. t.* — Une récompense accordée *ex post* ne change point la nature du contrat. Fr. 2, § 24, D., *de vi bonor. rapt.* 47, 8. Cf. Fr. 6, pr. D., *mandati*, et ci-dessus, § 220, note 22, et § 236, note 9.

[8] *Voy.* ci-après, § 240, notes 26 et suivantes.

[9] *Voy.* Fr. 5, pr. D., *h. t.*, et ci-dessus, § 197, notes 7 et 8.

[1] Faisons observer que l'obligation de garder la chose, qui incombe au dépositaire, n'implique point *custodia*, dans le sens technique du mot, c'est-à-dire les soins d'un bon père de famille, le dépositaire n'étant tenu que de *culpa lata*. C'est pourquoi nous lisons dans Gaius, III, 207 : « Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat... » *Voy.* ci-après, note 11.

[2] Fr. 1, § 22. 45. 46, D., *h. t.* — Par suite de circonstances particulières, il peut y avoir des exceptions à cette règle. Fr. 1, § 22, *verbis* Marcellus autem D., *cité*.

[3] § 6, I., *de obligat. ex delicto* 41, 1.– Fr. 29, pr. D., *h. t.*– L. 3, C., *eodem.* — Même, quand l'abus ne mériterait point la qualification de *furtum*, il exposerait le dépositaire à être responsable de la perte, même fortuite, de la chose, si le cas fortuit peut, dans l'espèce, être considéré comme *dolo* ou *culpa determinatus*. *Voy.* ci-dessus, § 173, note 19, et Arg. *Coll. legum Mosaic.*, X, 7, 10; Fr. 1, § 16-25, D., *h. t.* — Si le dépôt consiste en une somme d'argent dont le dépositaire se permet d'user, il en doit l'intérêt de plein droit. L. 3. 4, C., *h. t.* Cf. Fr. 28 in f. D., *eodem.*

[4] § 3, I., *quib. mod. re contr. obl.* 3, 14. – Fr. 1, § 16. 22. 24, D., *h. t.* – Fr. 38, § 10, D., *de usuris* 22, 1. – L. 2-4, C., *h. t.* — En ce qui concerne les accessoires de la chose déposée, nous trouvons une décision particulière au Fr. 1, § 5, D., *h. t.* « Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur; vestis enim non est deposita : nec si equus cum capistro ; nam solus equus depositus est. » — Des controverses graves se sont élevées sur la

être rendu à celui qui l'a fait [5] : un tiers, fût-il même le propriétaire de la chose déposée, n'a point qualité de la réclamer comme dépôt; car, pour lui, le contrat conclu entre le déposant et le dépositaire est *res inter alios acta* [6]. L'obligation de restituer est considérée comme si sacrée, que l'exécution n'en saurait être refusée sous aucun prétexte, quelque fondé qu'il puisse paraître. En vain le dépositaire, pour qualifier son refus de restituer, soutiendrait-il que le déposant est son débiteur, fût-ce même pour des causes connexes au dépôt [7]; ce serait encore en vain qu'il objecterait que le déposant n'est pas propriétaire de la chose déposée [8]; enfin, même la preuve que la chose lui appartient à lui-même ne libérerait le dépositaire de l'obligation de restituer, que dans le cas où cette circonstance aurait pour effet d'ôter à la remise de la chose le caractère d'un dépôt; car, dans ce cas, naturellement, il ne pourrait y avoir lieu à l'*actio depositi* [9]. 3° Dans l'exécution de ses obligations, le dépositaire est d'abord tenu de son dol; la condamnation de ce chef entraîne même l'infamie [10]. Il est également tenu de la faute lourde; mais il ne répond pas de la perte ou des détériorations survenues en suite d'une faute légère, par la raison

responsabilité du dépositaire qui a reçu une caisse fermée et cachetée contenant des valeurs. Ulpien, au Fr. 1, § 41, D., *h. t.* : « Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendæ sint? Et ait Trebatius : cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum; quodsi et res ostensæ sint, et sic depositæ, adiiciendæ sunt et species vestis. Labeo autem ait : eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere; ergo et de rebus agere eum oportere. Quid ergo, si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit. » décide la question en principe, mais il ne parle point de la preuve. D'après les principes généraux, il paraît évident que c'est au déposant de fournir la preuve du contenu.

[5] Cette règle, conforme aux principes généraux, est expressément sanctionnée par la *Nov.* 88, c. 1, et par les décisions suivantes, qui accordent l'*actio depositi* même au voleur déposant. Fr. 1, § 39. Fr. 31, § 1, D., *h. t.* — Fr. 64, D., *de iudiciis* 5, 1. Pourtant le Fr. 31, pr. § 1, D., *h. t.*, admet quelques modifications par des motifs d'équité. « Si naturale ius et gentium intuemur..... probo hanc esse iustitiam quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore repetitione. » — Remarquons encore que le dépositaire qui remet de bonne foi la chose à un autre que le déposant est libéré, pourvu qu'il n'y ait point de faute lourde à lui reprocher. Fr. 1, § 32, D., *h. t.*

[6] Mais il va sans dire que le propriétaire, dont la chose a été déposée chez moi malgré lui, peut la revendiquer entre mes mains. *Voy.* t. I, § 118, c. — *Quid*, si celui chez qui j'ai déposé ma chose la donne en dépôt à un tiers? Pourrais-je la répéter directement de ce dernier? A la rigueur non; mais on m'accorde *actiones utiles*, par la raison que je pourrais forcer mon dépositaire à me céder les actions qu'il a contre le tiers. *Voy.* ci-dessus, § 206, note 18, et Paul, II, 12, 8. « Si quis rem penes se depositam apud aliam deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt. » *Voy.* aussi Fr. 16, D., *h. t.*

[7] En d'autres termes, le dépositaire ne peut opposer à la demande en restitution ni la compensation, ni le *ius retinendi*. § 30, I., *de actionibus* 4, 6. — L. ult., C., *de compensat.* 4, 31. — L. 11, C., *h. t.* — Cf. ci-après, notes 21 sqq. et § 291 *in fine*.

[8] *Voy.* ci-dessus, note 5, ainsi que § 236, note 5, et les passages y cités.

[9] *Voy.* ci-dessus, les notes 5 et 6, ainsi que § 236, note 5, et les passages y cités.

[10] Gaius, IV, 182. — *Collatio leg. Mos.*, X, 2, 4; X, 6. — Fr. 1. Fr. 6, § 6, D., *de his qui notantur infamia* 3, 2.

qu'il ne retire aucun avantage du contrat [11]. Il serait cependant tenu de toute faute, si le dépôt avait été fait dans son intérêt, et, dans tous les cas, s'il s'était offert lui-même à recevoir le dépôt [12]. Des conventions particulières, expresses ou tacites, peuvent modifier ces règles [13]; mais il va sans dire que le dépositaire ne peut jamais être dispensé d'avance de la responsabilité de son dol [14]. Les obligations du dépositaire passent naturellement à son héritier; mais la responsabilité de ce dernier est, sous plusieurs rapports, moins rigoureuse que celle de son auteur [15].

4° Si le dépôt a été fait par plusieurs ou à plusieurs, chaque déposant peut agir et chaque dépositaire peut être poursuivi *in solidum*, par la raison que l'obligation résultant du dépôt est indivisible [16]. Le payement de la condamnation aux dommages et intérêts cependant ne peut être

[11] Gaius, III, 207. « Sed is apud quem res deposita est, *custodiam* non præstat, tantumque in eo obnoxius est, si quis ipse dolo fecerit... » Dans ce passage, le mot *custodia* est pris dans le sens technique, comme synonyme de *diligentia boni patris familias*. Mais il se prend aussi parfois dans un sens vulgaire, désignant une surveillance quelconque sans entraîner la responsabilité de *culpa levis*. Fr. 1, pr. D., *h. t.*, combiné avec Gaius, III, 207 et § 17, I., *de obl. ex delicto* 4, 1.— Paul, II, 12, 6. « Ob res depositas dolus tantum præstari solet. » — *Collatio legum Mos.* X, 2, 1; X, 3. 5. — § 3, I., *quib. mod. re contr. obl.* 3, 14. — § 19, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 5, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 1, § 1. 8. 10. 21. 25. 32. 33. 43. 47. Fr. 7, pr. § 1. Fr. 11. 13. 16. 20. 32. D., *h. t.* — Fr. 1, § 5, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 14, § 3, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 23, D., *de reg. iuris* 50, 17. — L. 1, C., *h. t.* — *Voy.*, en général, sur ce point, ci-dessus, § 172, notes 18-20; § 173, note 7 et § 211, note 3.

[12] Fr. 1, § 35, D., *h. t.* « Sæpe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint eius, apud quem deponuntur, ut puta si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam præstet; non tamen casus fortuitos. » — Fr. 4, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1.—Arg. Fr. 17, § 2 in f. D., *de præscr. verbis* 19, 5.

[13] Rappelons que le dépôt avec estimation met, sauf intention contraire, les risques et périls à charge du dépositaire. Fr. 52, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1, et ci-dessus, § 173, note 25.

[14] Fr. 1, § 6, D., *h. t.* — Fr. 2, § 24, D., *de vi bonorum raptorum* 47, 8. — Fr. 1, § 8, D., *h. t.* « Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si convenerit; nam hæc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est; et ideo nec sequenda est. » — Fr. 27, § 4, D., *de pactis* 2, 14. Pour la conciliation des deux derniers passages avec les Fr. 7, § 15. Fr. 27, § 3, D., *de pactis* 2, 14, qui semblent admettre comme valable et efficace la clause *ne dolus præstetur*, *voy.* ci-dessus, § 173, notes 22 et 23.

[15] Fr. 1, § 47, D., *h. t.* « Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quæsitum est : si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum : hoc enim ipso dolo fecit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. » — Fr. 2. 3. 4, D., *eodem*. « II. Quid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? Actiones suas tantummodo præstabit. III. Plane, si potuit rem redimere et præstare, nec velit, non caret culpa : quemadmodum, si redemtam, vel alia ratione suam factam noluit præstare, causatus, quod semel ignarus vendidit. IV. Sed etsi non sit heres, sed putavit se heredem, et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur. » — *Voy.* aussi les Fr. 7, § 1. Fr. 9. 10. Fr. 14, § 1. Fr. 22, D., *eodem*.

[16] Fr. 1, § 36. 37. 43. 44. Fr. 22, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 192, notes 36 *in f.* 37. 41, où nous avons vu, au reste, qu'on considère l'obligation comme divisible quand la chose déposée est susceptible de division.

exigé de chaque dépositaire que pour sa part [17], à moins que l'obligation n'ait revêtu un caractère de corréalité par suite de dol [18].

B) Le déposant, de son côté, peut éventuellement être tenu envers le dépositaire : 1° de tout dommage qui résulterait pour ce dernier par suite du dépôt [19]; 2° des dépenses que le dépositaire a dû faire pour la conservation ou la restitution de la chose [20]. Sous ces rapports, le déposant est responsable de toute faute, par la raison que le dépôt se fait en sa faveur [21]. — Pour faire valoir ses droits, le dépositaire se sert de l'*actio depositi contraria*. Dans l'ancien droit, il paraît qu'on lui accordait également le *ius retinendi* [22]; mais Justinien lui a retiré ce bénéfice par une constitution très-précise [23]. L'*actio depositi contraria* pourrait également servir à faire obtenir un dédommagement au dépositaire qui aurait été condamné à payer l'estimation de la chose déposée qu'il s'était trouvé dans l'impossibilité de restituer et que le déposant vient à recouvrer par la suite [24].

Il nous reste à mentionner une espèce particulière de dépôt, appelée vulgairement dépôt nécessaire, *depositum miserabile* *. On désigne par ce nom le dépôt qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou un autre événement imprévu. Cette espèce présente la particularité que le dépositaire qui nie faussement d'avoir reçu le dépôt est condamné à en restituer la double valeur, *lis*

[17] Fr. 1, § 44. Fr. 7, § 1. Fr. 9. 22, D., *h. t.* – Fr. 81, D., *de solutionibus* 46. 3, et ci-dessus, § 192, notes 37. 41. 53.

[18] Fr. 1, § 43, D., *h. t.* « Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerint et alter quod interest præstiterit, alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. Quodsi alter vel nihil, vel minus facere possit, ad alium pervenietur. Idemque, et si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus; nam ad alium pervenietur. » – Fr. 22, D., *eodem*.

[19] Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. Cf. ci-dessus, § 221, note 17.

[20] Fr. 5, pr. Fr. 12, pr. Fr. 23, D., *h. t.* — Sous ce rapport, le dépositaire peut exiger plus que le commodataire. *Voy.* ci-dessus, § 237, note 13, et *Collatio legum Mos.* X, 2, 5. « Actione depositi conventus, cibariorum nomine apud eumdem iudicem utiliter experitur : at is, cui res commodata est, improbe cibariorum exactionem intendit. Impensas tamen necessarias iure persequitur, quæ forte in ægrum vel alias laborantem impenderit. »

[21] Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. « ... In his (mandato et deposito) culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse qui talem (furem) servum emi sibi mandaverit : et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. » – Cf. ci-dessus, § 221, note 17.

[22] Modestin, *Coll. leg. Mos.* X, 2, 6. « Res deposita si subripiatur, dominus eo nomine habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit *ob impensas in rem factas rem retinere*. »

[23] L. 11, C., *h. t.* « Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei qui deposuit, reddere *ilico* modis omnibus compellatur : *nullamque* compensationem, vel deductionem, vel *doli exceptionem opponat*... »

[24] Voir ci-dessus, § 237, note 16.

infitiando crescit in duplum [25], disposition pénale qui, dans l'ancien droit, paraît avoir été appliquée à tout dépôt sans distinction [26].

Le contrat de dépôt présente plus ou moins d'analogie avec d'autres contrats, dont il importe cependant de le distinguer. Ce qui, dans le dépôt, crée le lien civilement obligatoire, c'est la remise de la chose, *re contrahitur obligatio;* mais la nature de l'obligation est déterminée par l'intention des parties, qui consiste, dans notre contrat, à obtenir gratuitement la conservation et la restitution de la chose remise. On s'aperçoit aisément que les mêmes caractères se rencontrent dans le mandat, et l'on pourrait être tenté de dire que le dépôt n'est au fond qu'un mandat de conserver une chose, *mandatum custodiæ*. Pourtant des différences notables distinguent ces deux rapports. D'abord le mandat se parfait par le seul consentement, tandis que dans le dépôt l'obligation civile n'est créée que par la remise de la chose; ensuite le mandataire est tenu de toute faute, tandis que le dépositaire ne répond que de son dol et de sa faute lourde. C'est pourquoi il importe de bien distinguer ces deux contrats. A cet effet, il faut avant tout considérer le but principal des parties, et le séparer avec soin des intentions accessoires ou accidentelles qui peuvent s'y joindre. Au reste, la lecture attentive des décisions que nous trouvons dans nos sources [27] guidera plus sûrement qu'une dissertation théorique qui, d'ailleurs, pour être complète, excéderait les bornes d'un livre élémentaire.

Il est moins difficile de saisir la différence entre le dépôt et d'autres contrats qui peuvent paraître analogues, par exemple, le *mutuum*, le commodat, le louage, les contrats innommés [28]. Mais il peut se faire qu'un

[25] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Prætor ait : QUOD NEQUE TUMULTUS, NEQUE INCENDII, NEQUE RUINÆ, NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT, IN SIMPLUM : EARUM AUTEM RERUM, QUÆ SUPRA COMPREHENSÆ SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM ; IN HEREDEM EIUS, QUOD DOLO MALO EIUS FACTUM ESSE DICETUR, QUI MORTUUS SIT, IN SIMPLUM ; QUOD IPSIUS, IN DUPLUM IUDICIUM DABO. » — Fr. 1, § 2-4. Fr. 18, D., *eodem.* — § 26, I., *de actionibus* 4, 6. « Sed furti quidem nec manifesti actio et servi corrupti a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod hæ actiones *omnimodo* dupli sunt; et illæ, id est damni iniuriæ ex lege Aquilia et *interdum depositi infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur...* »

[26] (PAUL, II, 12, 11) *Coll. leg. Mos.* X, 7, 11.« Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur; edicto prætoris in simplum. » — Il est possible que les anciens Romains aient considéré la dénégation d'un dépôt comme constituant un vol non manifeste. Cf. Fr. 67, pr. D., *de furtis* 47, 2, et ci-après, § 269, note 27.

[27] Fr. 1, § 12. 13, D., *h. t.* « Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et Pomponius dubitat; puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum, habens et custodiæ legem. 13. Idem Pomponius quærit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati, an depositi tenearis? Et magis probat, mandati esse actionem, quia hic est primus contractus. »

[28] Ainsi l'emprunteur, dans le *mutuum*, peut consommer les choses prêtées et n'est tenu que de restituer autant, tandis que le dépositaire ne peut consommer et doit restituer en nature, *rem ipsam*. — Le commodataire a le droit d'user de la chose prêtée, le dépositaire n'a point ce

contrat qui a commencé par être dépôt [29] se modifie dans la suite en vertu d'un changement survenu dans l'intention des parties [30]. Ainsi, la personne qui a reçu un dépôt et qui, pour le continuer, se fait promettre un salaire, devient par là *locator operarum;* l'opération entière prend la nature du louage, et ce changement a pour conséquence naturelle de rendre les deux parties responsables de toute faute. Si, au lieu d'une somme d'argent, la récompense comprend une autre prestation quelconque, l'opération constituera un contrat innommé, et devra être jugée d'après les règles qui dominent cette matière [31]. — Quand le dépositaire obtient la permission de se servir du dépôt, la convention prend le caractère du commodat et en produira les effets [32]. Si le dépôt consiste en une somme ou quantité de choses fongibles qui se consomment par l'usage, et que les parties conviennent par la suite que le dépositaire peut consommer ces choses, sauf à en restituer autant, il est évident que le dépôt a dégénéré en *mutuum*, et que, par conséquent, celui qui a reçu les choses en question n'est plus seulement tenu de sa faute, mais qu'il doit en outre supporter les risques et périls des choses prêtées, ou, pour nous exprimer d'une manière plus exacte, qu'il n'est pas libéré par la perte fortuite de ces choses [33].

Ces considérations suffisent pour faire comprendre combien il importe de préciser le moment auquel, dans de pareils cas, le dépôt change de

droit.— Le *locator operarum* reçoit un salaire pour les services qu'il rend ; le dépositaire rend ses services gratuitement. — Si celui qui se charge de la garde d'une chose reçoit, au lieu d'une somme d'argent, une autre récompense quelconque, l'opération prend la nature d'un *contrat innommé*. *Voy.* Fr. 1, § 8. 9. 10, D., *h. t.*, et ci-après, note 31.

[29] Qu'on n'objecte pas l'argument d'Ulpien, au Fr. 1, § 13, D., *cité* à la note 26 : *Quia hic est primus contractus*. Car, dans ce passage, il s'agit d'un changement de fait qui modifie l'obligation originaire, sans que l'essence en soit atteinte, tandis que nous supposons un changement d'intention incompatible avec l'essence du dépôt.

[30] Cette question est ordinairement traitée à propos du dépôt, parce que, de tous les contrats, c'est celui qui impose au débiteur le moins d'obligations, et qui, par conséquent, peut le mieux servir de point de départ. Mais les mêmes métamorphoses peuvent s'opérer à l'égard de tout autre contrat. Ainsi, par exemple, le contrat de gage peut se changer en dépôt ou en commodat, si, après l'extinction de la dette, le créancier gagiste se charge de garder la chose pour celui qui avait donné le gage, ou s'il obtient la permission d'user gratuitement de la chose qui avait servi de gage, etc.

[31] Fr. 1, § 8. 9, D., *depositi* 16, 3. « 9. Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiæ, puto esse actionem adversum pistrinarium ex conducto : si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse. Quodsi operæ eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit : sed quia pecunia non datur, præscriptis verbis datur actio. Si vero nihil aliud quam cibaria præstabat nec de operis quidquam convenit, depositi actio est. »

[32] Si l'usage est accordé moyennant une somme d'argent, il y aura *locatio conductio rerum*. Fr. 1, § 9, D., *h. t.*, transcrit à la note précédente.

[33] Fr. 9, § 9, D., *de rebus creditis* 12, 1, ci-dessus, § 233, note 8. — Fr. 34, pr. D., *mandati* 17, 1. « ... Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. » Cf. ci-dessus, note 13.

nature et se transforme en un autre contrat, puisque c'est à partir de ce moment que les obligations respectives des parties se transforment ou se modifient également. Or, ce moment est celui où l'intention commune des parties subit le changement qui influe sur la nature de l'obligation. Nos jurisconsultes ont appliqué cette règle au cas où le dépôt se transforme en *mutuum*. Si le déposant, sans en être requis, permet au dépositaire de se servir de l'argent déposé, le contrat ne prend la nature du *mutuum* qu'au moment où le dépositaire consomme l'argent, et manifeste ainsi l'intention d'avoir un *mutuum*, intention qui est conforme à celle que le déposant a déjà exprimée : tant que le dépositaire ne se sert pas de l'argent, le contrat reste dépôt, malgré la permission du déposant [34]. Mais si le dépositaire demande, soit au commencement, soit par la suite, la permission d'user du dépôt, le contrat devient prêt à partir du moment où il a obtenu l'autorisation. Il en serait naturellement de même si les parties convenaient expressément que l'argent déposé doit désormais être un *mutuum* [35].

Cette dernière convention peut aussi être faite au commencement du dépôt. Mais dans ce cas, pour parler rigoureusement, il n'y a point de dépôt : bien que les parties se soient servies de ce terme, il y a véritablement *mutuum*. Pourtant les Romains ont conservé à pareille convention le caractère du dépôt, probablement par le motif que ce contrat constituait un *bonæ fidei negotium*, et que par conséquent des intérêts pouvaient y être promis par simple pacte, tandis que, dans le *mutuum*, il fallait à cet effet employer la stipulation qui exige la présence des parties [36]. La forme du dépôt pouvait donc servir avantageusement à donner force obligatoire à un prêt à intérêt fait entre absents. Au reste, pour conserver à cette opération l'apparence et partant le caractère du dépôt, on avait l'habitude d'imposer au dépositaire l'obligation *ut tantumdem redderet*, ce qui impliquait l'autorisation de consommer l'argent à charge d'en rendre autant [37]. Les jurisconsultes modernes ont

[34] Fr. 10, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Quodsi ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam in debitum iri non est certum. »

[35] Fr. 1, § 34, D., *h. t.* « Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, prius quam utaris, depositi teneberis. » *Voy.* aussi les passages cités à la note 33.

[36] *Voy.* ci-dessus, § 234, note 6.

[37] Fr. 24, D., *h. t.* « *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum numos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio : quos quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo.* Quæritur propter usurarum incrementum. Respondi : Depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numorum eadem redderentur; nam si, ut tantumdem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quæstione, si depositi actio non teneat, cum convenit tantumdem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonæ fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipu-

inventé pour les conventions de ce genre le nom de *dépôt irrégulier* [38].

§ 240. *Du séquestre.*

Il y a séquestre lorsqu'une chose, à l'égard de laquelle il y a contestation [1] entre deux ou plusieurs personnes, est déposée entre les mains d'un gardien chargé de la conserver et de la rendre à une personne déterminée d'avance ou à déterminer par la suite [2]. — Le mot *séquestre* sert à désigner tant le contrat dont il s'agit que la personne à laquelle

latio : sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur. » — Fr. 25, § 1, D., *h. t.* « Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est. » — Fr. 26, § 1, D., *eodem.* « Lucius Titius ita cavit : Ἔλαβον καὶ ἔχω, κ. τ. λ. *Suscepi habeoque apud me titulo depositi suprascripta denarium argenti decem millia, meque ad præscriptum omnia præstiturum et promitto, et profiteor : conventione scilicet inita, ut, quoad omne argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem.* Quæro, an usuræ peti possunt? Paulus respondit : Eum contractum, de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere; et ideo secundum conventionem usuræ quoque actione depositi peti possunt. » Le sens de la dernière phrase est « que pareille convention *ajoute* aux effets ordinaires du contrat, et que, par suite, dans cette occurrence, l'action du dépôt tend même à faire obtenir un payement d'*intérêts.* » — Fr. 28. 29, § 1, D., *eodem.* — Fr. 31, D., *locati* 19, 2. « ... Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi ut tantumdem pecuniæ solveret... »

[38] Ce terme arbitraire est employé par les auteurs dans différentes significations, parfois même pour désigner toute espèce de dépôt qui s'écarte, sous un rapport quelconque, des *naturalia* de ce contrat.

[1] Le mot *contestation* doit être pris ici dans le sens le plus large. Notamment il faut se garder de croire que le séquestre exige un procès sur la propriété de la chose déposée. C'est pourquoi le terme dont se sert le Code Napoléon, art. 1956, *le dépôt d'une chose contentieuse*, est inexact. Le séquestre est essentiellement une mesure conservatoire qui a pour but de garantir en faveur d'une personne intéressée la restitution d'une chose, peu importe qu'il y ait ou non procès sur cette chose. Dans la plupart des cas, la chose sera de fait contentieuse (Fr. 110, D., *de verb. signif.* 50, 16); mais cette qualité de l'objet n'est point une condition essentielle du séquestre. Fr. 6, D., *depositi* 16, 3. « Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum *certa conditione* custodiendum reddendumque traditur. » — Fr. 22, § 8, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « ... Sin vero dotem ita eum (i. e. maritum) dissipare manifestum est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia : pactis videlicet dotalibus, quæ inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus, et alterius exspectantibus sanitatem aut mortis eventum. » Cf. t. III, § 311 *in fine.* — L. 6, C., *depositi* 4, 34. « Is, penes quem utramque partem transactionis vel alia instrumenta commendasse dicit, legem qua hæc suscepit servare necesse habet. » — *Voy.* aussi Fr. 5, D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 5, § 1 in f. D., *ut legatorum servandorum causa caveatur* 36, 3. — L. 5, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38.

[2] Quand il y a procès sur la propriété ou sur la possession d'une chose, la restitution se fera à la personne qui sera *jugée* devoir l'obtenir, comme dit le Code Napoléon, art. 1956. Mais l'observation que nous avons faite à la note précédente prouve que la personne en faveur de laquelle le séquestre se fait peut fort bien être déterminée d'avance.

la garde de la chose est confiée, voire même la chose déposée [3].

Le séquestre peut se faire soit du consentement des parties intéressées, soit par ordre du juge. Dans le premier cas, on l'appelle *volontaire;* dans le second, *nécessaire* ou *judiciaire*. Ces deux espèces de séquestre sont au reste soumises aux mêmes principes généraux [4]. — Ordinairement le séquestre est déposé entre les mains d'un tiers; rien ne s'oppose cependant à ce qu'il soit confié à l'une des parties intéressées.

Le contrat de séquestre est un vrai dépôt; aussi l'action par laquelle la restitution de l'objet déposé se poursuit s'appelle-t-elle *actio depositi sequestraria* [5]. Il diffère cependant du dépôt ordinaire sous les rapports suivants : 1° Le contrat de séquestre ne peut être fait que par plusieurs personnes ayant des intérêts opposés [6]. 2° Ce n'est pas à tous les déposants que compète l'action en restitution, mais exclusivement à celui ou à ceux d'entre eux à qui la chose est reconnue revenir [7]. 3° Dans son application, le séquestre est plus étendu que le dépôt; car il s'applique à toutes espèces de choses [8], aux immeubles aussi bien qu'aux meubles, et même, à certains égards, aux personnes [9]. 4° Le séquestre peut avoir la

[3] C'est du moins la terminologie française. Chez les Romains, le dépositaire s'appelle *sequester*, l'opération même *sequestre*, *sequestrum*, *sequestratio*. AULU-GELLE, XX, 11. — ISIDORE, *Orig.*, X, litt. S. — Fr. 110, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Fr. 6. 17, pr. Fr. 33, D., *depositi* 16, 3. — L. 1, Th. C., *de pecuniæ sequestratione prohibita* 2, 28. — L. 6, § 2. TH. C., *de liberali causa* 4, 8. — L. 1, I. C., *de prohibita sequestratione pecuniæ* 4, 4. — L. 3 in f. I. C., *quibus ad libertatem proclamare non licet* 7, 18.

[4] Remarquons cependant que le *séquestre nécessaire* ou *judiciaire* ne constituera point, dans la plupart des cas, un *contrat*, par la raison que le dépôt ne se fait pas du *consentement* des parties intéressées. Pourtant les effets sont en général les mêmes; seulement, dans le séquestre nécessaire, l'obligation se contracte plutôt *quasi ex contractu*. Fr. 7, § 2, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 22, § 8, D., *soluto matrim.* 24, 3, ci-dessus, note 1. — Fr. 21, § 3, D., *de appellationibus* 49, 1.

[5] Fr. 12, § 2, D., *depositi* 16, 3. « Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, cum et in heredem eius reddi oportet. » — Fr. 5, § 1, D., *eodem.* — L. 5, C., *eodem* 4, 34. — Nos sources ne mentionnent pas d'action *contraire* résultant du séquestre; mais il est évident qu'elle peut naître aussi bien que l'action contraire du dépôt.

[6] Fr. 17, pr. D., *depositi* 16, 3. « Licet deponere tam plures, quam unus, possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt; nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu *in solidum* unusquisque videtur deposuisse; quod aliter est, cum eam rem communem plures deponunt. » — Fr. 110, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[7] *Voy.* ci-dessus, note 2.

[8] Quelques auteurs ont soutenu que l'argent monnaye ne peut être l'objet d'un séquestre, en se fondant à tort sur la L. 1, C., *de prohibita sequestratione pecuniæ* 4, 4. Cette loi dit tout simplement que celui qui poursuit le payement d'une créance ne peut pas, avant d'avoir prouvé son droit, exiger que le défendeur dépose le montant de la créance réclamée. « ... Oportet enim debitorem *primo convinci*, et sic *deinde* ad solutionem pulsari. »

[9] *A*) *Voy.* POTHIER, *Traité du contrat de dépôt*, n° 87. — *B*) Fr. 3, § 6, D., *de liberis exhibendis* 43, 30. « In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, prætextatum, eumque, qui proxime prætextati ætatem accedet, interim apud matremfamilias deponi, Prætor iubet. Proxime autem ætatem prætextati accedere eum dicimus, qui puberem ætatem nunc ingressus est. Cum audis matremfamilias, accipe notæ auctoritatis feminam. »

possession de la chose déposée, tandis que, dans le dépôt, la possession reste au déposant [10]. 5° Enfin le déposant peut demander la restitution de la chose quand bon lui semble, tandis que, dans le séquestre, la restitution ne peut être exigée qu'après l'accomplissement de l'événement en vue duquel le dépôt a été fait [11]. — Faisons encore observer que le séquestre peut, pour des motifs graves, se faire décharger des obligations qu'il a assumées en acceptant le dépôt [12].

Il va sans dire que le séquestre peut, par suite de conventions particulières, prendre la nature d'un autre contrat : par exemple, du mandat, lorsque l'administration de la chose déposée est confiée au séquestre ; du louage, lorsque celui-ci reçoit un salaire pour les services qu'il rend, etc. [13].

Du contrat de gage. *Pignus* †.

§ 241. *Notion et conditions requises.*

Le contrat de gage, *pignus*, se forme lorsque quelqu'un remet à un autre une chose, afin qu'elle serve de gage pour sûreté d'une créance appartenant à ce dernier. — Il en résulte, pour celui qui reçoit l'objet, l'obligation de le restituer dans le cas où la dette pour la sûreté de laquelle il a été donné, vient à s'éteindre.

Pour que ce contrat existe, il faut donc la réunion des deux conditions suivantes : 1° Remise de la chose [1]. C'est cette remise qui constitue

[10] Fr. 17, § 1, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 39, D., *de adquirenda possessione* 41, 2. — *Voy.* t. I, § 81, note 22.

[11] L. 5, C., *depositi* 4, 34. « ... Si id quod placuerat, implesti, sequestrum potes convenire... »

[12] Fr. 5, § 2, D., *depositi* 16, 3. « Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait Pomponius : Adire eum Prætorem oportere, et ex eius auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam qui præsens fuerit. Sed hoc non semper verum puto ; nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interveniente; et cum permittitur, raro ei res restituenda est, qui venit, sed oportet eam arbitratu iudicis apud ædem aliquam deponi. »

[13] Fr. 9, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. « Labeo libro trigesimo septimo Posteriorum scribit : Si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet, et pretium servaret, donec inter vos diiudicetur, cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere : quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium convenire potes, nondum impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicesimo septimo scribit : posse cum sequestre præscriptis verbis actione agi, vel, si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. Quæ distinctio vera esse videtur. »

† Paul, II, 5. – § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. – Tit. D., *de pignoraticia actione vel contra* 13, 7. – Tit. C., *de pignoraticia actione* 4, 24.

[1] Dans le principe, le gage n'avait probablement lieu que par rapport aux choses mobilières, comme semble l'indiquer l'étymologie admise par les anciens. Fr. 238, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Pignus appellatum a *pugno*, quia res quæ pignori dantur manu traduntur : unde etiam videri

l'élément civilement obligatoire de la convention, *re contrahitur obligatio*[2]. La simple convention de gage peut bien avoir pour effet de conférer au créancier un droit d'hypothèque [3], mais elle ne fera pas naître les obligations qui résultent de notre contrat et que nous exposerons au paragraphe suivant. 2° Mais notre contrat peut fort bien exister sans qu'il y ait réellement gage. En effet, ce qui donne au contrat sa nature particulière, c'est le consentement des parties qui remettent et acceptent la chose dans l'*intention commune* de la faire servir de gage. Il n'importe que cette intention se réalise ou ne se réalise pas. En effet, le droit de gage, pour avoir existence légale, exige une dette et une chose propre [4]. Or, aucune de ces conditions essentielles à l'effet de constituer le gage n'est indispensable pour l'existence de notre contrat. Ainsi, quand je vous donne une chose afin qu'elle vous serve de gage pour une dette que je crois exister et qui n'existe réellement pas, il n'y aura pas de gage; mais vous n'en serez pas moins tenu en vertu de notre contrat, et je pourrai demander la restitution de la chose au moyen de l'*actio pignoraticia* [5]. De même, quand je vous donne pour sûreté et garantie, comme mienne, une chose qui ne m'appartient pas, vous n'aurez point acquis de droit réel sur la chose; mais les obligations résultant du contrat de gage n'en existeront pas moins [6] : notamment je pourrai, après payement de la dette, demander la restitution de la chose par l'*actio pignoraticia directa* [7], et, par contre, vous pourrez, si vous découvrez que je ne suis pas propriétaire de la chose, exiger la constitution d'un autre gage, ou, à défaut de le faire, ma condamnation aux dommages et intérêts, et le droit romain vous accorde à cet effet l'*actio pignoraticia contraria* [8]. — Nous rappelons,

potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. » Mais, dans nos sources, il s'applique à toutes choses quelconques, même incorporelles, pourvu qu'elles soient susceptibles de tradition ou de quasi-tradition. Fr. 6, § 1. Fr. 8, pr. Fr. 25, D., *h. t.* – Fr. 11, § 1. 2. Fr. 12. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 4. 7, C., *h. t.* et *passim*.

[2] § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. « Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur; qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoraticia... » – Fr. 1, § 6, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[3] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 154, note 2, et § 156, notes 5. 6.

[4] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 155.

[5] Fr. 11, § 2, D., *h. t.* « Si, quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pignoraticia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque, et si accepto lata sit pecunia, vel condicio defecerit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est. »

[6] Fr. 9, § 4. Fr. 22, § 2, D., *h. t.* — Rappelons cependant que « Pignus suæ rei consistere non potest. » Fr. 45, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. – Fr. 29, D., *h. t.* – Cf. Fr. 30, D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2. *Voy.* aussi ce que nous avons dit sur le dépôt de la chose appartenant au déposant, ci-dessus, § 238, note 5.

[7] Non-seulement quand j'ai donné la chose de bonne foi, mais encore quand je l'ai donnée sachant qu'elle ne m'appartenait pas. Fr. 9, § 4. Fr. 22, § 2, D., *h. t.* Cf. Fr. 15. Fr. 16, D., *commodati* 13, 6, et ci-dessus, § 238, note 5.

[8] Fr. 9, pr. 16, § 1. Fr. 32. 36, § 1, D., *hoc titulo.*

en passant, que celui qui donne la chose en gage ne doit pas être nécessairement le débiteur de la créance que le gage doit garantir; car on peut fort bien constituer un gage pour la dette d'autrui [9].

§ 242. *Effets du contrat de gage.*

A) Celui qui reçoit la chose donnée en gage est directement obligé : 1° A la restituer en nature aussitôt qu'il a été payé de sa créance ou qu'il a reçu satisfaction de ce chef d'une manière quelconque [1]. Cette obligation de restituer *in specie* cesse naturellement quand il a vendu la chose en vertu de son droit de gage; mais, dans ce cas, il est tenu de rendre compte du prix de vente qu'il a reçu [2]. La restitution de la chose doit se faire *cum omni causa,* et comprend par conséquent les fruits, à moins qu'ils n'aient été décomptés de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été donné [3]. 2° L'obligation de restituer implique naturellement celle

[9] *Voy.* t. I, § 155, note 8, et Fr. 32, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 13, § 11, D., *locati* 19, 2. — Remarquons, à cette occasion, que, dans nos sources, celui qui reçoit la chose est habituellement appelé *creditor,* tandis que celui qui la donne figure comme *debitor.* Cette terminologie, qui s'explique aisément, est pourtant inexacte. En effet, abstraction faite de ce que celui qui donne le gage peut n'être point *débiteur* de celui qui le reçoit, il se peut même que ce dernier ne soit *créancier* de personne. Voir la note 5. D'ailleurs, dans notre matière, ces termes devraient même, à la rigueur, être intervertis; car, dans le *contractus pignoraticius,* celui-là est débiteur qui reçoit la chose en gage et par suite s'oblige à la restituer, *de ipsa re restituenda tenetur.* Pour éviter toute équivoque, nous avons préféré ne faire aucun usage des mots *créancier* et *débiteur,* et nous servir plutôt des circonlocutions : *celui qui a reçu* et *celui qui a donné,* qui sont rigoureusement exactes.

[1] § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. « Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea re quam accepit, restituenda tenetur actione pignoraticia... » — Fr. 9, § 3. 5, D., *h. t.* « 3. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive enim aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoraticia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit. 5. Qui ante solutionem egit pignoraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam et quod sua interest consequi. » — Fr. 40, § 2, D., *eodem.* — Fr. 13, § 4, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — Fr. 50, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 11, C., *h. t.*

[2] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 160, note 18; § 161, notes 37-41, et Paul, II, 13, 1. — Fr. 6, § 1. Fr. 7. 24, § 2, D., *h. t.* — Fr. 42, D., *eodem.* « Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emtorem delegare; cum in venditione quæ fit, ex facto suum creditor negotium gerat. » — L. 5, C., *de distractione pignorum* 8, 28.

[3] Fr. 22, pr. § 1. 2, D., *h. t.* — Fr. 21, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 12, § 1, D., *de distract. pignorum* 20, 5. — Fr. 15, pr. D., *de furtis* 47, 2. — L. 1. 2. 3. 12, C., *h. t.* — L. 2, C., *de partu pignoris* 8, 24. — Fr. 7, pr. D., *de distract. pignorum* 20, 5. « ... Agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori... » — Fr. 13, pr. Fr. 24, § 2, D., *h. t.* — Si le gage a été vendu, les intérêts de l'excédant sont dus toutes les fois que le créancier vendeur l'a employé d'une manière quelconque ou se trouve en demeure de le restituer. Fr. 42, D., *h. t.*, cité à la note précédente. — Fr. 6, § 1. Fr. 7, D., *eodem.* « VI. Si creditor pluris fundum pignoratum vendiderit,

de veiller à la conservation du gage [4]. 3° A l'égard de ces obligations, la loi romaine exige les soins d'un bon père de famille [5], par la raison que la constitution du gage se fait dans l'intérêt de celui qui le reçoit et qui par là obtient une sûreté de sa créance [6]. Il va sans dire qu'il n'est point responsable de la perte ou des détériorations fortuites, puisque la restitution doit se faire *in specie* [7]. — L'exécution de ces obligations peut être poursuivie par celui qui a donné le gage, au moyen de l'*actio pignoratitia directa* [8], qui prend naissance au moment où la restitution peut être de-

si id feneret, usuras eius pecuniæ præstare debet ei, qui dedit pignus. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuras præstare oportet; quodsi eam depositam habuerit, usuras non debet. VII. Si autem tardius superfluum restituat creditor, quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine præstare cogendus est. »

[4] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 161, note 37 et § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. « ... Ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet... » — Fr. 13, § 1, D., *h. t.* — L. 19, C., *de pignoribus* 8, 14. — Le débiteur peut même exiger que le créancier, en restituant le gage, fournisse caution de ce chef. Fr. 15, D., *h. t.* « Creditor, cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere. Et si prædium fuit pignoratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissæ sint. »

[5] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 161, note 37 et Fr. 4. 5. 22, § 4, D., *h. t.* — Fr. 13, § 1. Fr. 14, D., *eodem.* « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia : vis maior non venit. XIV. Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur. » — Fr. 9, § 5, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. — Fr. 73, D., *de furtis* 47, 2. — L. 19, C., *de pignoribus* 8, 14. — L. 4. 9, C., *de distract. pignorum* 8, 28. — Fr. 23, D., *de reg. iuris* 50. 17. « Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam : . . . . . dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum... » Gaius pourtant semble n'avoir imposé au créancier-gagiste les soins d'un *bonus paterfamilias* qu'avec la restriction, *qualem in suis rebus diligentiam adhibere solet* Fr. 18, pr. D., *commodati* 13, 6. « ... ut ita culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet »; probablement par la raison qu'en thèse générale, créancier et débiteur ont un intérêt commun à la bonne conservation de la chose. Mais, comme cette raison fait défaut quand la valeur du gage dépasse sensiblement le montant de la créance, la jurisprudence a fini par rejeter le tempérament. — Le § 4, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3. 14, s'exprime en ces termes : « ... Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. » Les mots « placuit *sufficere exactam* diligentiam adhibere » dans ce passage ont fourni un argument à l'opinion qui admet trois degrés de la faute (§ 174, I), parce qu'ils semblent indiquer qu'il y a un degré de soins supérieur à l'*exacta diligentia*. Mais cette opinion est contraire tant aux principes généraux qu'aux autres décisions relatives à notre contrat. La rédaction du passage cité ne peut s'expliquer qu'en supposant une inadvertance des compilateurs qui, en écrivant cette phrase, rapportaient déjà leurs idées à la phrase suivante, où il est dit que le créancier-gagiste n'est pas tenu du cas fortuit. A ce point de vue, ils ont pu dire qu'il *suffit* d'employer *exactam diligentiam*.

[6] § 4, I., *cité*. « ... Pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum... » Cf. ci-dessus, § 173, note 13.

[7] § 4 in f., I., *cité* note 5. — Fr. 13, § 1. Fr. 14. 30, D., *h. t.* — Fr. 9, § 5, D., *de rebus auctoritate iudicis possid.* 42, 5. — L. 5. 6. 7. 8. 9, C., *h. t.* — *Voy.*, en général, sur cette question, et spécialement sur la L. 9, C., *citée*, ci-dessus, § 177, note 7.

[8] Il va sans dire que l'*actio pignoratitia*, étant *in personam*, ne peut être intentée que contre la personne qui a reçu la chose donnée en gage. Si cette personne l'a aliénée, le donneur du gage n'a point l'*actio pignoratitia* contre l'acquéreur, à moins que cette action ne lui ait été réservée

mandée [9], et se prescrit par le laps de temps ordinaire de trente ans [10].

B) D'un autre côté, celui qui a reçu la chose donnée en gage peut avoir à faire valoir certaines prétentions contre celui qui l'a donnée et qui dès lors est passible de l'*actio pignoraticia contraria*. Notamment : 1° Ce dernier est tenu de tout dommage que la chose donnée en gage a pu causer à celui qui l'a reçue; il est de plus tenu de l'indemniser des engagements que celui-ci a dû contracter par rapport à la chose, ainsi que des impenses qu'il a dû faire [11]. 2° Celui qui a donné la chose est tenu de garantir au créancier gagiste la sûreté en vue de laquelle le gage est donné, notamment les qualités que la chose devait avoir, ainsi que l'absence des vices et défauts qui pourraient être une cause de perte pour l'autre partie [12]. De même, si la chose n'appartient pas à celui qui l'a donnée en gage, ou qu'elle se trouve déjà grevée d'autres hypothèques, il y a lieu à l'*actio pignoraticia contraria* pour obtenir la constitution d'un gage sérieux et véritable [13]. Mais qu'arrivera-t-il si celui qui a reçu à

lors de la vente; car, dans ce cas, par une exception apparente à la règle : *res inter alios acta alvis non prodest*, le donneur du gage peut agir contre l'acquéreur. *Voy.* Fr. 13, pr. D., *h. t.*, et ci-dessus, § 206, note 19. Au reste, si la vente du gage s'est opérée d'une manière irrégulière, la propriété n'en est point transférée à l'acquéreur, et le donneur du gage peut naturellement intenter la revendication, si toutefois il est propriétaire.

[9] Fr. 9, § 3, D., *h. t.*, cité à la note 1.

[10] Le contraire a été soutenu par quelques auteurs qui se sont fondés sur deux constitutions de Dioclétien et Maximien, L. 10. 12, C., *h. t.* Il suffit de se rappeler la date de ces constitutions et les termes qui y sont employés (*longi temporis præscriptione, spatio longi temporis*) pour se convaincre qu'il ne s'y agit point de la prescription extinctive (qui ne fut appliquée aux actions civiles que par Théodose II), mais que les empereurs décident tout simplement que le possesseur du gage ne peut jamais se prévaloir de la prescription acquisitive, par la raison très-simple qu'il n'a point de possession utile à cet effet.

[11] *A*) Fr. 31, D., *h. t.* — Fr. 61, § 1. 3. 5, D., *de furtis* 47, 2. — Cf. ci-dessus, § 221, note 17. — *B*) Fr. 22, § 4. Fr. 23, D., *h.t.* — Fr. 29 in f., D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 52, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — *C*) Fr. 8, pr. Fr. 25, D., *h. t.* — L. 7, C., *eodem.* — L. 6, C., *de pignoribus* 8, 14. Rappelons à ce propos que le possesseur d'une chose hypothéquée qui est obligé de rembourser une créance, afin d'éviter le délaissement du gage ensuite de l'action hypothécaire dirigée contre lui, peut exiger la restitution de la somme remboursée, à titre d'impenses nécessaires. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 166, note 32.

[12] Fr. 1, § 2, D., *h. t.* « ... Cum æs pignori daret, affirmavit hoc aurum esse... » — Fr. 16, § 1, D., *eodem*, ci-après, note 13. — Fr. 36, pr. D., *eodem.* « Si quis in pignore dando pro auro æs subiecisset creditori, qualiter teneatur? quæsitum est. In qua specie rectissime Sabinus scribit : siquidem dato auro æs subiecisset, furti teneri; quodsi in dando æs subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic puto pignoraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. Sed et extra ordinem *stellionatus* nomine plectetur, et est sæpissime rescriptum. » Pour le stellionat, *voy.* l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[13] Fr. 9, pr. D., *h. t.* — Fr. 16, § 1, D., *eodem.* « Contrariam pignoraticiam creditori actionem competere, certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et *stellionatus* crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia : quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit. » Pour le stellionat, *voy.* l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

titre de gage une chose appartenant à un tiers, l'a vendue de bonne foi? Ici il faut distinguer: il s'est soumis expressément à la garantie vis-à-vis de l'acheteur, et dans ce cas, il peut prendre son recours contre celui qui lui a donné la chose en gage [14]; ou bien il a vendu sans contracter un engagement spécial de garantie. Dans ce dernier cas il n'a besoin d'aucun recours, par la raison qu'il n'est point tenu de garantir l'acheteur, qui ne peut exiger autre chose que la cession des actions contre celui qui a constitué le gage [15]. 3° Dans l'exécution de ces obligations, celui qui a donné la chose en gage est tenu de toute faute, si c'est pour sa propre dette qu'il l'a donnée; il n'est tenu que de *culpa lata*, s'il a donné le gage pour la dette d'un autre. La raison en est que, dans le premier cas, le contrat s'est fait dans son intérêt, tandis que, dans le second, il n'en retire aucun avantage [16].

Les règles que nous venons de tracer à l'égard du contrat de gage s'appliquent également aux cas où quelqu'un est légalement mis en possession d'une chose qui lui doit servir de gage, sans que la volonté du propriétaire y ait concouru. Exemples : le créancier purement hypothécaire qui, au moyen de l'action hypothécaire, s'est mis en possession de la chose hypothéquée; la personne qui, par suite d'un envoi en possession, a obtenu un *pignus prætorium* [17]. Dans ces cas, l'obligation s'établit également *re*, mais elle ne résulte point d'un *contrat*.

Observation. † Trois passages du Digeste, cités dans le paragraphe qui précède, donnent au créancier gagiste, dans certaines hypothèses, le choix entre l'action contraire du contrat et la poursuite criminelle du chef de stellionat [18]. Nous entendons aujourd'hui par stellionat cette espèce de dol qui consiste à vendre ou à engager une chose qui ne nous appartient pas ou qui est déjà engagée ou hypothéquée à une autre per-

[14] Fr. 22, § 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 8, § 1, D., *eodem*. « Si pignori plura mancipia data sint, et quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, *ut evictionem eorum præstaret*, et creditum suum habeat : reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum. » — Fr. 12, § 1, D., *de distract. pignorum* 20, 5.

[15] Fr. 11, § 16, D., *emti* 19, 1. — Fr. 38. 68, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 1. 2, C., *creditorem evictionem pignoris non debere* 8, 46.

[16] *Voy.* § 4, I., *cité* à la note 5, et ci-dessus, § 173, note 13.

[17] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 160 *in fine*, et Fr. 11, § 5. Fr. 22, § 4, D., *h. t.* — Fr. 26, D., *eodem*. « ..... Si magistratus in possessionem aliquem miserit... testamento... 1. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. » — Fr. 34, D., *de damno infecto et suggrundis et proiectionibus* 39, 2. — Fr. 9, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5.

† Tit. D., *stellionatus* 47, 20. — Tit. C., *de crimine stellionatus* 9, 34. — Les Romains font dériver le mot *stellionatus* de *stellio*, espèce de lézard venimeux, ainsi nommé des points étoilés dont sa peau est tachetée. Columella, *de re rustica* II, 9. IX, 7, 5. — Pline, *H. N.*, XXX, 10 (27).

[18] Fr. 1, § 2. Fr. 16, § 1. Fr. 36, pr. D., *de pignoraticia actione* 13, 7, cités ci-dessus, notes 12 et 13.

sonne [19]. Chez les Romains, le sens du mot est plus large : il comprend tous les faits d'escroquerie et d'abus de confiance qui ne tombent pas sous l'application d'une disposition positive et précise du droit pénal [20]. Ce crime, au reste, est de création récente : nous en trouvons la première trace sous le règne des Sévère. Il donne lieu à une poursuite extraordinaire [21] et à une peine arbitraire [22] ; mais l'accusé peut prévenir la condamnation, en désintéressant la victime [23]. Bien qu'il ne constitue donc point un *iudicium publicum*, la condamnation entraîne cependant l'infamie [24].

DES CONTRATS INNOMMÉS.

§ 243. *Notion et introduction historique* †.

Rien ne paraît plus naturel que d'admettre que celui à qui nous avons remis une chose dans l'intention d'en obtenir la restitution, ou bien d'obtenir une autre prestation équivalente en échange, doive remplir l'obligation qu'il s'est imposée lui-même en recevant la chose. Aussi les Romains ont-ils toujours reconnu ce principe ; mais, comme dans presque toutes les autres institutions, ils ne l'ont d'abord consacré d'une manière complétement efficace que dans certains cas spéciaux, qui sont d'un usage particulièrement fréquent dans les transactions sociales et se présentent sous une apparence peu compliquée, puisque l'obligation du débiteur consiste uniquement à restituer l'objet même qu'il a reçu [1]. Ce n'est que peu à peu qu'on fut amené à appliquer le principe

[19] Cf. ci-dessus, t. I, § 160, notes 23 et 24.

[20] Fr. 3, § 1, D., *h. t.* 47, 20. « Stellionatum autem obiici posse his qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet, si aliud crimen non sit quod obiicitur..... Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit, vel in solutum dederit... Sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel corruperit... Item si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem (c'est-à-dire : « au préjudice ») alterius, stellionatus poterit postulari... » — Fr. 4, D., *eodem*. « De pariurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit : et ideo ad tempus exsulat. » — Fr. 1, § 2. Fr. 16, § 1. Fr. 16, pr. D., *de pignorat. actione*, ci-dessus, notes 12. 13. — Fr. 29, § 5, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de statu liberis* 40, 7. — L. 1. 2. 4, C., *h. t.*, 9, 34.

[21] Fr, 1. 2. 3, pr. § 2, D., *h. t.* — Cf. Fr. 7, § 1, D., *ad Sc. Turpillianum* 48, 16, et ci-après, notes 22. 24. — L. 3, C., *h t.* — Cf. t. I, n° 163.

[22] Fr. 3, § 2, D., *h. t.* « Pœna autem stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit. Solent autem ex hoc extra ordinem plecti : dum modo non debeat opus metalli hæc pœna in plebeis egredi ; in his autem qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio vel ab ordine motio remittenda est. » — Fr. 4, D., *eodem*, ci-dessus, note 20. « .... ad tempus exsulat. »

[23] L. 1 in f. C., *hoc titulo*.

[24] Fr. 2, D., *h. t.*, combiné avec Fr. 3, § 2 initio D., *eodem* (ci-dessus, note 22) et Fr. 13, § 8, D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. Cf. t. I, § 18, note 11, B.

† Tit. D., *de præscriptis verbis et in factum actionibus* 19, 5. — Tit. C., *de rerum permutatione et præscriptis verbis* 4, 64.

[1] C'est-à-dire le même objet ou au moins la même quantité de choses fongibles de même nature : « IPSUM... AUT TANTUMDEM EX EODEM GENERE », comme dit MARCIEN, au Fr. 25 D. *h t.*

à d'autres espèces analogues, mais moins simples, jusqu'à ce que, par suite d'extensions successives, il se trouvât enfin consacré dans toute son étendue.

Pendant longtemps, en effet, les quatre espèces, connues sous les noms de *mutuum, commodatum, depositum, pignus,* donnaient seules une action à l'effet de faire obtenir la prestation à laquelle l'emprunteur, le dépositaire et le gagiste s'étaient obligés en recevant le prêt, le dépôt ou la chose remise à titre de gage. Si, en dehors de ces cas, quelqu'un avait donné une chose dans l'intention d'obtenir une prestation en échange, la personne qui l'avait reçue dans la même intention se trouvait sans doute obligée naturellement[2]; mais cette obligation était dépourvue de la sanction et de la protection efficace du droit des Quirites; en d'autres termes, le créancier n'avait aucune action à l'effet de poursuivre la prestation que les parties avaient eue en vue. Pourtant, il eût été évidemment contraire à l'équité, et même à toute idée de justice, de permettre au débiteur de s'enrichir au préjudice de la partie adverse, en conservant la chose sans fournir la prestation à laquelle il s'était obligé. C'est pourquoi l'on admit le créancier à répéter au moins cette chose au moyen d'une *condictio*, désignée par les termes caractéristiques : *condictio ob causam datorum* ou *causa data causa non secuta* [3]. — Cependant le préteur et la jurisprudence cherchèrent à donner plus d'efficacité au lien naturel formé entre les parties. Quand l'inexécution avait un caractère évidemment frauduleux, le préteur ne refusait pas l'*actio de dolo* afin de faire obtenir au créancier les dommages et intérêts qui pouvaient être dus [4]; on alla même jusqu'à donner une *in factum actio* aux mêmes fins, quand, dans un cas donné, toutes les conditions de l'*actio de dolo* ne se trouvaient pas réunies, mais que l'ensemble des faits rendait évidente l'équité de l'action[5]. Le principe d'une action en dommages et intérêts pour cause d'inexécution étant établi, il ne fallait faire qu'un pas de plus pour accorder une action à l'effet de poursuivre l'exécution même. Ce fut probablement Labéon qui réalisa cette réforme dans une hypothèse dans laquelle l'existence de l'obligation paraissait incontestable, sans qu'il fût possible d'indiquer

[2] Fr. 25, pr. D., *h. t.* « ... Nam ALIUD DANDO UT ALIUD REDDATUR, obligari iure gentium possumus. »

[3] Tit. D., *de condictione causa data causa non secuta* 12, 4. – Tit. C., *de condictione ob causam datorum* 4, 6. — *Voy.* les détails de cette action, ci-après, notes 35 sqq. et § 276.

[4] Fr. 5, § 2 in f. 3. Fr. 15 in f. Fr. 16, § 1, D., *h. t.* – L. 4, C., *de dolo malo* 2, 21.

[5] Arg. Fr. 5, § 2 in f. Fr. 15 in f. Fr. 16, § 1 in f. D., *h. t.* C'est probablement à l'occasion d'un cas où le débiteur avait mal exécuté son obligation que l'on accorda pour la première fois ces actions : dans cette hypothèse, en effet, l'exécution volontaire constituait, dans le chef du débiteur, la reconnaissance la plus énergique de l'obligation qui lui incombait. Cf. Fr. 5, § 2 in f. D., *cité.* « ... Sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is quem dedi, evictus est : *si sciens dedi,* DE DOLO in me dandam actionem Iulianus scribit; *si ignorans,* IN FACTUM civilem. » – Fr. 4, § 2, D., *de pactis* 2. 14, ci-après, note 8.

d'une manière certaine le nom vulgaire et le caractère précis du lien juridique [6]. D'autres jurisconsultes suivirent la même voie [7] jusqu'à ce qu'Ariston, sous Trajan, énonçât le principe qu'il y a cause suffisante de contrat, *συνάλλαγμα*, toutes les fois que l'une des parties a reçu une chose afin de faire en échange une prestation quelconque en faveur de l'autre partie [8]. Ariston, en énonçant le principe, n'avait parlé que du cas où le lien obligatoire se forme par la *dation* d'une chose. Mais on ne tarda pas à étendre la règle, en l'appliquant d'une manière générale à tous les cas où nous avons fait une prestation quelconque en faveur d'une autre personne qui l'accepte, avec l'intention d'obtenir en échange une autre prestation [9]. C'est pourquoi Paul analyse les diverses hypothèses qui peuvent se présenter, en se servant de la formule suivante : Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias [10]. — Comme, dans tous ces cas, il ne

[6] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo ait. » — Fr. 19, pr. Fr. 20, § 2, D., *eodem*. Cf. Fr. 20, pr. D., *eodem*. — Fr. 50, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[7] Nous signalons, depuis Labéon jusqu'à Ariston, les jurisconsultes Proculus (Fr. 21, D., *h. t.*), Mela (Fr. 20, § 1, D., *eodem*), Celsus (Fr. 2, D., *eodem*. Cf. cependant Fr. 16, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4, ci-après note 42) et Neratius (Fr. 6, D., *eodem*), tous, Mela au moins probablement, partisans de l'école de Labéon. Cette particularité, jointe à la circonstance que le Sabinien Gaius ne parle point de notre matière dans ses Institutes, a fait croire que le principe des contrats innommés n'aurait point été admis par les Sabiniens. Il est possible que les partisans de cette école aient été plus réservés dans l'admission de l'*actio præscriptis verbis* appliquée à nos contrats, mais il résulte de plusieurs décisions du Digeste qu'ils n'étaient point contraires au mouvement de la jurisprudence. Il suffit, à cet effet, de citer les décisions de Julien, rapportées aux Fr. 5, § 2 in f. Fr. 13, § 1, D., *h. t.* (cf. Fr. 19, pr. D., *de rebus creditis* 12. 1, ci-après, note 46) et les passages de Iavolenus (Fr. 10, D., *h. t.*), de Pomponius (Fr. 9, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3 ; Fr. 18, § 2, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2 ; Fr. 16, pr. Fr. 26, D., *h. t.*), et de Gaius, Fr. 22, D., *h. t.* Cf. le même, III, 143. Nous pouvons encore ajouter Africain qui était probablement élève du Sabinien Julien. Fr. 24, D., *h. t.*

[8] Ulpien, Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14. « Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem (utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias) ; hoc *συνάλλαγμα* esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus. Iulianus scribit : in factum actionem a Prætore dandam ; ille ait : civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis, sufficere ; esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde hæc nascitur actio. » — Fr. 7, § 4, D., *eodem*. « Sed, cum nulla subest causa, propter conventionem constat, non posse constitui obligationem. Igitur *nuda pactio* obligationem non parit, sed parit exceptionem. » — Papinien, Fr. 8, pr. in f. D., *h. t.* « ... Nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens *certa lege* dari probaretur. » — Ulpien, Fr. 15, D., *eodem*. « ... Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se *negotium aliquid* (cf. Fr. 1, pr. D., *de æstimatoria* 18, 3) : ergo civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur. » — Fr. 9. 15. 19, D., *eodem*. — L. 8, C., *h. t. Voy.* aussi ci-dessus, § 207, notes 2. 4. 6. 7.

[9] *Voy.* ci-après, notes 24-28.

[10] Paul, Fr. 5, D., *h. t.* et *passim*. Il est vrai qu'au § 3 du fragment cité, Paul s'exprime de manière à faire croire que l'hypothèse facio ut des ne donne pas lieu à une action en exécution :

s'agit que d'une prestation unilatérale, l'action en exécution était introduite sous la forme de la *condictio* [11], qui devait être *incerti* par la raison que l'étendue de la prestation due était déterminée par la prestation antérieurement reçue [12]. Or, toute *actio incerti* ayant une *intentio* conçue dans les termes : *quidquid* OB EAM REM *N*m *N*m *A*° *A*° *dare facere oportet*, il était indispensable d'indiquer la cause de l'obligation [13], ce qui, dans les actions vulgaires, se faisait au moyen de la *demonstratio* dans laquelle on désignait par un nom usité le rapport obligatoire qu'il s'agissait de faire valoir [14]. Dans notre hypothèse, ce mode de procéder était impossible, puisque c'était précisément pour des rapports particuliers, n'étant compris dans aucune des catégories vulgaires et usitées, que l'action devait servir [15]. On se tira de cette difficulté, en remplaçant la *demonstratio*

« Quod SI FACIAM UT DES, et postea quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. » Mais ce passage isolé, faisant partie d'un fragment qui porte, d'ailleurs, les traces les plus évidentes d'interpolations, ne saurait prévaloir contre la généralité du principe, confirmé par des décisions nombreuses, parmi lesquelles nous nous bornons à citer les suivantes qui sanctionnent les espèces FACIO UT DES et FACIO UT FACIAS de la manière la plus formelle : PROCULUS, Fr. 12, D., *h. t.* — GAIUS, Fr. 22, D., *eodem.* — MARCIEN, Fr. 25, D., *eodem.* — ULPIEN, Fr. 15. 17, D., *eodem;* Fr. 27, D., *de pignorat. actione* 13, 7 ; Fr. 3, § 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.*, ci-après, note 11). — PAUL, Fr. 6, D., *de rescind. venditione* 18, 6. — SEVERUS ALEXANDER, L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. — § 1, 1., *de locatione* 3, 24. — Il n'est pas impossible que Paul, dans le passage dont les rédacteurs du Digeste ont fait le § 3 du Fr. 5, D , *cité,* se soit occupé d'une hypothèse spéciale analogue à celle du Fr. 16, § 1, D., *h. t.*, ci-après, note 23, et que les compilateurs aient erronément transformé en règle générale la décision de Paul, qui était peut-être parfaitement juste dans le cas traité par lui.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 194, notes 10-19, et Fr. 35, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. « ... vel ex vendito agere potest, vel *incertum condicere*, ut servitus imponatur. » — Fr. 3, § 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. « ... Ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, *condictionem.* » — Fr. 19, § 2, D., *de precario* 43, 26. « Cum quid precario rogatum est, non solum *interdicto* uti possumus, sed et *incerti condictione,* id est, *præscriptis verbis.* » — (L. 10, C., *de pactis* 2, 3.) L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14. « Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse tibi debet, quod dici solet *ex pacto actionem non nasci.* Tunc enim hoc dicimus, cum pactum *nudum* est : alioquin, cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est *condictio.* » Cf. L. 6, C., *de iure dotium* 5, 12, et L. un. § 13, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. — *Voy.* encore ci-après, note 52.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 194, notes 4. 11 et suivantes ; § 195, notes 3-7. 20-21, et l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[13] Sans cela, en effet, tous les rapports obligatoires quelconques, existant entre parties, se seraient trouvés *in iudicium deducta.*

[14] Exemples : « Quod A. A. de N° N° fundum Cornelianum H.-S. centum *emit,* qua de re agitur... quidquid ob eam rem Nm Nm A° A° dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm Nm A° A° condemnato. » — « Quod A. A. N° N° hominem Stichum *locavit,* q. d. r. a. » et la suite comme dans l'exemple précédent. — « Quod A. A. apud Nm Nm mensam argenteam *deposuit,* q. d. r. a., etc., etc. »

[15] *Voy.* ci-dessus, note 5, ainsi que Fr. 6. 16, pr. D., *h. t.* — Fr. 23, D., *communi dividundo* 10, 3. — On ne tarda point, à la vérité, à désigner également par des termes particuliers les espèces d'une application quelque peu fréquente ; mais c'eût été parfaitement oiseux, et même contraire à la marche conséquemment progressive du droit romain, que de créer pour ces catégories des actions spéciales, alors qu'elles se trouvaient pleinement protégées par la formule générale. *Voy.* ci-dessus, notes 9. 10 ; ci-après, note 20 et § 244.

par une *præscriptio* dans laquelle on avait toute liberté d'exposer, comme le besoin de la cause l'exigeait, les faits sur lesquels on prétendait fonder la demande [16]. Bien que l'*intentio* de la formule fût donc, comme dans toutes les *condictiones, in ius concepta* : QUIDQUID DARE FACERE OPORTET [17], l'action même était fondée sur l'ensemble des faits exposés dans la *præscriptio*, et elle fut par suite appelée : *præscriptis verbis actio* [18], *in factum præscriptis verbis actio* [19]. C'est ainsi que l'on parvint à embrasser tous les cas qui peuvent se présenter dans les transactions civiles, par une formule générale qui dès lors ne pouvait évidemment point avoir de dénomination particulière. C'est ce qui a engagé les jurisconsultes modernes à comprendre les hypothèses soumises au principe d'Ariston par le terme générique : contrats innommés [20]. — Dans le droit nouveau, les contrats innommés forment donc une catégorie distincte parmi les contrats réels : ils donnent à la partie qui a fait une prestation le droit de pour-

[16] GAIUS, IV, 136. « Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui INCERTUM promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut PRÆSCRIPTIO inserta sit formulæ LOCO DEMONSTRATIONIS, hoc modo.... QUOD A. A. de N° N° INCERTUM STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT : QUIDQUID OB EAM REM... » — L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. « ... Utilis actio quæ *præscriptis verbis* rem gestam demonstrat, danda est. »

[17] NERATIUS, Fr. 6, D., *h. t.* « ... civili intentione incerti agendum est ». Cf. les notes 19 et 52.

[18] Le terme *præscriptis verbis actio*, au reste, n'est pas exclusivement propre au moyen que la jurisprudence créa à l'effet de poursuivre l'exécution des contrats innommés ; il peut s'appliquer à toute *civilis in factum actio* ayant pour objet un *incertum*. Fr. 10. 11. Fr. 14, pr. § 1. 2. 3. Fr. 23, D., *h. t.* — Cf. Fr. 5, § 1, D., *de usufructu earum rerum* 7, 5. *A priori*, rien ne s'opposerait même à ce que l'on donnât ce nom à toutes les *condictiones incerti* et aux autres *condictiones* dont parle GAIUS, IV, 134-137. Cf. ci-dessus, note 16. Si on ne l'a pas fait, c'est probablement par la raison que, dans ces hypothèses, la *præscriptio* n'avait pas le caractère essentiel qu'elle revêt dans les *in factum actiones*, où elle énonce les FAITS qui constituent le fondement et même l'unique fondement de l'action.

[19] La locution *præscriptis verbis in factum actio*, se trouve au Fr. 24, D., *h. t.* La L. 6, C., *de rerum permutatione* 4, 64, dit : *præscriptis verbis incerta civilis actio*. Nous trouvons, en outre, *præscriptis verbis actio, civilis incerti actio, civilis incerta actio, incertum iudicium, incerti condictio*, Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 35, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 18, § 2, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 23 in f. D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 2. 5, § 2. 4. Fr. 6. 8. 9. 13, § 1. Fr. 15. 16. 17. 19. 20, pr. § 2. Fr. 22. Fr. 24. 25. 26, D., *h. t.* — Fr. 19, § 2, D., *de precario* 43. 26. — L. 6. 33, C., *de transact.* 2. 4. — L. 4. 6. 8, C., *h. t.* 4. 64. — L. 6, C., *de iure dotium* 5. 12. — L. un. § 13, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. — L. 9. 22, C., *de donationibus* 8. 54 et *passim*. Souvent aussi l'on dit *in factum civilis actio* (en opposition à l'action prétorienne dont nous avons parlé ci-dessus, note 4) ; *in factum actio* tout court ; *utilis actio* ou *condictio*, synonyme de *in factum actio* (t. I, § 52, note 9 *in fine*) : Fr. 1. 5, § 2 in f. Fr. 10. 12. 13, pr. § 1. Fr. 14. 16, § 1. Fr. 23. 26 in f. D., *h. t.* — L. 6, C., *de transactionibus* 2. 4. — (L. 10, C., *de pactis* 2, 3) L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14, ci-dessus, note 11.

[20] C'est en combinant le Fr. 7, § 1. 2, D., *de pactis* 2. 14, avec les textes de Papinien, Celsus, Julien et Ulpien, qui forment les quatre premiers fragments de notre titre (« I. Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis *proditis* et *vulgaribus* actionibus, cum *proprium nomen* invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ in factum appellantur... II. Nam, cum deficiant *vulgaria* atque *usitata* actionum *nomina*, præscriptis verbis agendum est. III. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt quorum *appellationes* nullæ iure civili proditæ sunt. IV. Natura

suivre l'obligation due par la partie adverse au moyen d'une action générale *præscriptis verbis,* absolument de la même manière dont le créancier emploie dans les contrats nommés l'action particulière du rapport obligatoire dont il s'agit. Les contrats innommés présentent cependant cette particularité, que le lien obligatoire n'existe qu'au profit de la partie qui a exécuté et que l'autre partie ne peut s'en prévaloir que lorsqu'elle a exécuté de son côté [21]. Cette différence se montre surtout par la faculté qui a été conservée au créancier de demander, en cas d'inexécution, la restitution de ce qu'il a donné pour créer le contrat, au moyen de la *condictio causa data causa non secuta* [22]. Ce droit que les jurisconsultes modernes appellent *ius pœnitendi* [23], n'avait été dans le principe, comme nous l'avons vu ci-dessus, qu'un moyen subsidiaire, ayant pour but d'indemniser le créancier qui n'avait pas d'action pour obtenir la prestation promise; mais, ayant été conservé après la sanction civile des contrats innommés, il constitue réellement un privilége pour les cas qui rentrent dans notre catégorie.

Pour qu'une convention ait le caractère de contrat innommé, il faut : 1° que nous ayons fait une prestation en faveur de l'autre partie [24]. La simple convention est impuissante pour créer le lien civil [25] : l'obligation se forme *re*, ce mot pris dans le sens le plus étendu et comprenant toutes

enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam *vocabula* »), que les jurisconsultes modernes ont créé le terme contrats innommés, qui se trouve déjà dans les *Basiliques* et que nous n'hésitons pas à adopter. (Cf. ci-dessus, § 194, † et notes 6. 7.)— La circonstance que plusieurs espèces qui rentrent dans notre catégorie portent des dénominations particulières, par exemple : *permutatio, æstimatum, precarium,* est sans importance juridique; car ces dénominations n'ont rien changé au système tel qu'il existait à l'époque où les textes copiés ci-dessus furent écrits. Le terme, consacré par l'école, a donc une origine irréprochable; il a de plus le mérite d'indiquer le développement historique de l'institution et de combler une lacune dans la terminologie romaine. Les jurisconsultes classiques, en effet, ne nous ont point laissé d'expression technique pour désigner les *nova negotia* auxquels le principe d'Ariston donna droit de cité parmi les contrats romains. Il est probable cependant que le terme *contractus incertus,* au Fr. 9, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1, est employé par Ulpien pour désigner notre catégorie de contrats. Cf. Fr. 1, § 6, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Fr. 18, pr. D., *de acceptilatione* 46, 4.

[21] *Voy.* ci-après, notes 32-38.

[22] *Voy.* ci-après, notes 39-49.

[23] Terme irréprochable, puisque les jurisconsultes romains emploient habituellement les mots *pœnitere, pœnitentia,* quand il s'agit de l'exercice de cette faculté. Fr. 3, § 2. 3. Fr. 5, pr. § 1. 2, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4.

[24] En faveur de l'autre partie. C'est parce que cette condition fait défaut que l'*actio præscriptis verbis* est, avec raison, refusée dans le Fr. 16, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 34, D., *de dolo malo* 4. 3.

[25] Ce principe certain, consacré par les textes les plus formels et par toute l'économie du système romain, ne saurait être infirmé par la rédaction équivoque du Fr. 3, § 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. « Quin imo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, *placuerat tamen ut darem,* ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est condictionem, *defuncto quoque eo* »; ce qui veut dire : « Si nous étions convenus (*placuerat*) que vous affranchiriez tel esclave moyennant une somme d'argent à donner par moi et qu'ensuite de cette convention vous

les prestations ayant une valeur pécuniairement appréciable[26]; 2° que cette prestation ait été faite et acceptée dans l'intention commune de nous faire obtenir[27] en retour une autre prestation quelconque à exécuter par la partie adverse[28]. — Au moment où ces conditions se trouvent réunies[29],

ayez opéré l'affranchissement, vous aurez contre moi la condiction résultant du contrat (en payement de la somme convenue), *alors même que l'esclave ne vivrait plus* ». Le texte suppose donc que la partie à laquelle l'action est accordée avait effectué la prestation promise. L'obscurité que présente la rédaction disparaît quand on tient compte de ce que notre § 4 forme antithèse avec le § 3 qui précède. Dans ce paragraphe, le jurisconsulte avait dit : « Si, dans les circonstances exposées, vous aviez reçu l'argent, vous pouvez le garder. » Dans le § 4, il continue : « Et si l'argent était simplement promis (*si nihil tibi dedi, placuerat tamen ut darem*), vous aurez l'*actio præscriptis verbis* à l'effet d'exiger le payement. »

[26] Parmi le grand nombre de textes qui consacrent cette proposition, nous nous bornons à citer les suivants qui, à divers points de vue, présentent un intérêt particulier : Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14, ci-dessus, note 8. — Fr. 45, D., *eodem*. — Fr. 1, § 9, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 1, pr. § 2, D., *de rerum permutatione* 19, 3. — Fr. 8, D., *h. t.* — Fr. 9, D., *eodem*. « Ob eam causam *accepto liberatus* ut *nomen Titii delegaret*.... incerti actione tenebitur ». — Fr. 19, § 1, D., *eodem*. « Si prædium pro te obligavero ..... ut mihi fideiussorem præstares... ». — L. 3. 6. 8, C., *h. t.* 4, 64. — (L. 10, C., *de pactis* 2, 3). L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14, ci-dessus, note 11. — L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. Une femme, ayant intenté la *querela inofficiosi*, s'était par transaction engagée à renoncer à l'action moyennant une indemnité. Elle meurt sans avoir manqué à son engagement. La partie adverse refuse de payer l'indemnité convenue aux héritiers. L'empereur Alexandre accorde à ceux-ci l'*utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*. Dans l'espèce, la prestation qui crée le lien obligatoire est un fait négatif, *ut a lite discederet*. Au moment de la mort de la femme, cette prestation est pleinement accomplie, par la raison que l'ancienne *querela inofficiosi* était inhérente à l'individualité des légitimaires lésés. Cf. t. III, § 390, notes 23. 24.

[27] A NOUS. Cf. ci-dessus, note 23 ; § 206, B, et ci-après, § 256, n° 3.

[28] Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14, ci-dessus, note 8. — Fr. 5, pr. § 2. 4, Fr. 8 in f. D., *h. t.* « VIII..... Nec videri nudum pactum intervenire quotiens *certa lege* dari probaretur. — Fr. 3, § 1, D., *de obligat. et act.* 44, 7. — L. 6, C., *de rerum permutatione* 4, 64. « Rebus *certa lege* traditis, si huic non pareatur, præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem, iuris auctoritas demonstrat. » — L. 8, C., *eodem*. — (L. 10, C., *de pactis* 2, 3) L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14. — La nature de la prestation, qui fait l'objet de l'obligation, est indifférente et peut varier à l'infini; elle peut aussi consister *non faciendo*. *Voy.* ci-dessus, notes 10. 26 *in fine*, et § 169, notes 5-9. Particulièrement, bien qu'il soit probable que le principe qui domine les contrats innommés ait été d'abord appliqué aux cas où il s'agissait d'un ALIUD *datum, ut* ALIUD *reddatur* (ci-dessus, note 2), nous trouvons cependant dans le droit nouveau beaucoup de contrats innommés ayant pour objet la restitution de la chose même dont la remise a créé l'obligation. Tel est le cas du précaire (ci-après, § 244, n° 3) et des Fr. 1, § 2. Fr. 17, pr. § 2. 5, D., *h. t.* — (L. 10, C., *de pactis* 2, 3) L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14. — Cf. Fr. 8. 17, § 6. Fr. 20, pr. D., *h. t.* — Fr. 1, § 1, D., *de æstimatoria actione* 19, 3, ci-après, § 244, n° 2.

[29] Il est probable que, dans le principe, la réunion de ces deux conditions n'était jugée suffisante pour admettre un *negotium novum* que lorsque cela était nécessaire ou au moins d'une utilité évidente, c'est-à-dire lorsque le rapport obligatoire ne pouvait, d'une manière certaine, entrer dans aucune catégorie de contrats connus ou nommés. C'est ce qu'indiquent surabondamment les expressions *necesse est, dari debet, tutius est, melius est*, qui se rencontrent fréquemment dans notre matière. Mais dans le droit nouveau l'on se montre plus large, en admettant l'*actio præscriptis verbis* dans des hypothèses où il y a contrat nommé et où elle concourt avec l'action résultant de ce contrat. Fr. 35. D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 5, § 12. Fr. 13, § 2, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 50, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 6, D., *de rescindenda venditione* 18, 6. — Fr. 37, § 17. 18, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — Fr. 12, D., *h. t.* — L. 2, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. *Voy.* aussi ci-après, § 249, note 2.

il s'établit entre les parties un lien civilement obligatoire [30], dont l'efficacité se manifeste de deux manières, en ce sens que le créancier a le choix de poursuivre l'exécution de la prestation convenue au moyen de l'*actio præscriptis verbis*, ou bien de se dédire du contrat et de répéter ce qu'il a donné ou presté, au moyen de la *condictio causa data, causa non secuta* [31].

I. L'*actio præscriptis verbis* n'appartenait originairement qu'à la personne qui avait fait la prestation sur laquelle reposait le contrat; mais on finit par l'accorder également à la partie adverse pour le cas où la prestation reçue par elle n'était pas conforme à l'intention qui avait présidé à l'opération [32]. L'action tend à faire obtenir l'exécution complète des prestations respectivement dues, ou des dommages et intérêts, le tout conformément aux principes généraux [33]. Pour les questions qui peuvent se présenter en dehors des principes généraux, on examine le caractère spécial de la convention, en ayant recours, en tant que de besoin, aux analogies que peuvent offrir les contrats nommés [34]. C'est dans le même sens que se règle la responsabilité de la faute et du cas fortuit [35]. — Un

[30] Le contrat innommé est unilatéral en ce sens qu'il ne donne nécessairement lieu qu'a une seule action (ci-dessus, § 197, notes 4-10); mais la convention est essentiellement synallagmatique. (Cf. Fr. 19, § 5, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.) Aussi peut-elle, le cas échéant, donner lieu à deux actions. Cf. ci-après, note 32.

[31] Fr. 19, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 1. Fr. 3, pr. § 1. 2. 3. Fr. 5. 11. 16, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 5, § 1. Fr. 7, D., *h. t.* — L. 1. 4. 5. 7, C., *eodem* 4, 64.

[32] Ulpien, Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14. « ... Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti, *evictus est Stichus*. Iulianus scribit in factum actionem a Prætore dandam : ille ait, civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere. Esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde hæc nascitur actio. » — Fr. 1, § 1, D., *de rerum permutatione* 19, 4. « Unde, si ea res quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem, respondetur. » — Fr. 5, § 2 in f. D., *h. t.*

[33] Fr. 5, § 1. 2. 4. 5. Fr. 7. 9. 17, § 3. Fr. 26, D., *h. t.* — Fr. 1, § 4, D., *de rerum permutat.* 19, 3. — Fr. 28. D., *de donationibus* 39, 5. — L. 7, C., *de pactis* 2, 3. — L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. — L. 2, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. — L. 2. 4. 8. C., *de rerum permut.* 4, 64. — L. 9. 22, C., *de donationibus* 8, 54, et *passim*.

[34] Paul, I, 6, 10. — Fr. 1, § 9, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 2, D., *de rerum permut.* 19. 4. — Fr. 5, § 4 in f. Fr. 17, § 2. Fr. 24, D., *h. t.* — Fr. 1, § 3, D., *de precario* 43, 26. — L. 2, C., *de rerum permutatione* 4, 64 et *passim*. *Voy.* ci-dessus, note 6.

[35] Notamment, il est hors de tout doute que le débiteur n'est point passible de l'*actio præscriptis verbis*, si la prestation qu'il devait est devenue impossible par cas fortuit, conformément au principe général d'après lequel *periculum creditoris est*. *Voy.* ci-dessus, § 177 et Fr. 5, § 1, D., *h. t.* « Et si quidem *pecuniam dem, ut rem accipiam*, emtio et venditio est; sin autem *rem do, ut rem accipiam*, quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem. In qua actione id venit, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetam, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam præstare debes. » Cf. Fr. 17, § 2, D., *eodem*. « ... Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit. » Il va de soi que les parties peuvent, expressé-

passage des Institutes de Justinien a fait naître des doutes sur la question de savoir si l'*actio præscriptis verbis* était de droit strict ou de bonne foi [36]. Dans notre système, il n'y a pas possibilité de controverse : cette *actio incerta* ne saurait être *stricti iuris* [37]. Aussi, dans les textes qui touchent ce point, est-elle qualifiée de *bonæ fidei iudicium* [38].

II. Quant à la *condictio causa data causa non secuta,* nous aurons à nous en occuper *ex professo* quand nous traiterons des obligations qui naissent comme d'un contrat, *quasi ex contractu* [39]. Nous nous bornerons ici à signaler une particularité qui caractérise notre hypothèse et la fait différer des cas dans lesquels la cause qui a été le motif de la dation faite par le créancier ne consiste point en une prestation à exécuter par le défendeur. En thèse générale, la *condictio causa data causa non secuta* nous compète par cela seul que la cause pour laquelle nous avons fait notre prestation ne s'est pas réalisée [40]. C'est conformément à ce principe que, dans les contrats innommés, tant que la prestation due n'a point été exécutée, le créancier a le choix [41] entre l'action en exécution et la répétition de la chose donnée [42]. Cependant la nature synallagmatique du lien obligatoire a fait introduire une nuance favorable au débiteur, en ce

ment ou tacitement déroger aux règles générales. Fr. 17, § 1, D., *h.t.* – Le Fr. 16, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4, ne peut être invoqué contre notre règle : il appartient à un tout autre ordre d'idées, savoir à la *condictio causa data causa non secuta. Voy.* ci-après, note 45. Par contre, l'on peut invoquer *a fortiori,* en faveur de notre règle, les passages suivants qui se rapportent également à cette dernière action. Fr. 5, § 2. 3. D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. – L. 10. C., *eodem* 4, 6.

[36] § 28, I., *de actionibus* 4, 6. « Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti iuris. BONÆ FIDEI sunt hæc : ex emto vendito, locato conducto... præscriptis verbis quæ *de æstimato* proponitur et ea quæ *de permutatione* competit, et hereditatis petitio. » *Voy.* ci-dessus, § 195, note 22.

[37] *Voy.* ci-dessus, notes 11. 29, combinées avec la théorie exposée au § 195, surtout dans les notes 22-30.

[38] Fr. 1. pr. D., *de æstimatoria actione* 19, 5. – Fr. 42, pr. D., *de mortis causa donat.* 39, 6. – L. 2, C., *de rerum permutatione* 4, 64. Cfr. Fr. 5, § 4, in f. Fr. 19, D., *h. t.* — Le Fr. 2, § 2, D., *de precario* 43, 26, bien que favorable, n'est point décisif dans notre sens; car une obligation peut fort bien naître *ex fide bona,* et pourtant donner lieu à un *iudicium stricti iuris :* témoin le *mutuum.*

[39] *Voy.* ci-après, § 276.

[40] Fr. 1. 2. Fr. 3, § 2. 3. Fr. 5, pr. § 1. 2. Fr. 7, § 1. Fr. 13. 16, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. – L. 1. 2. 8. 9, C., *eodem* 4, 6. – L. 4. 5. 7, C., *de rerum permut.* 4, 64 et *passim.* Cf. Fr. 7. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest; *aut si nihil interest,* condicam tibi, ut decem reddas. »

[41] *Voy.* ci-dessus, note 31.

[42] Sauf à tenir le défendeur indemne des frais qu'il a pu faire en vue de la prestation à effectuer. Fr. 5, § 2. 3. 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Le défendeur pourra-t-il éviter la restitution, en exécutant ou en offrant d'exécuter avant la *litis contestatio?* Les décisions qui se trouvent au tit. D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4 paraissent peu compatibles avec ce tempérament équitable, en faveur duquel on pourrait cependant invoquer les L. 5. 7, C., *de rerum permutatione* 4, 64 et l'analogie de la *stipulatione pœnæ. Voy.* ci-après, notes 43.44, et § 258, notes 11.12.

sens qu'il peut se soustraire à l'action en répétition, s'il prouve que l'inexécution qui la motive ne peut lui être imputée en aucune façon [43]. Mais, à cet effet, il ne suffit pas, comme dans les rapports contractuels ordinaires [44], que la prestation dont il s'agit soit actuellement impossible par suite d'un cas fortuit [45] : il faut de plus qu'il n'ait point dépendu du débiteur de l'effectuer auparavant ou que le débiteur ait au moins manifesté l'intention certaine et sérieuse de satisfaire à son obligation [46]. Il en est autrement quand un terme était fixé pour l'exécution : dès lors, en effet, comme le débiteur n'est point tenu de faire sa prestation avant le jour fixé [47], la perte fortuite, survenue dans l'intervalle, aura pour effet

[43] Fr. 5, § 1, D., *h. t.* ci-dessus, note 35. Ce texte, en effet, si l'on tient compte de ce qui précède, se rapporte aussi bien à la *condictio c. d. c. n. s.* qu'à l'*actio præscriptis verbis.* — L. 10, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6. « Pecuniam a te datam, si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. » — Cf. Fr. 3, § 3, *verbis* Sed si. Fr. 5, pr. *verb.* Et, cum per te non steterit; § 2. *verbis* Si vero. § 3. 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4, pour l'interprétation desquels passages il faut consulter les notes qui suivent. Les décisions qui se trouvent au Fr. 3, § 5 sqq. D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4, se rapportent plutôt aux *condictiones sine causa* et *indebiti* qu'à l'action dont nous nous occupons ici. *Voy.* ci-après, § 276, notes 15 et suivantes.

[44] La raison en est que l'objet de l'obligation dont il s'agit dans la *condictio c. d. c. n. s.* n'est point la prestation devenue impossible, mais la restitution de la chose qui a été donnée *ob causam futuram.* Rigoureusement la restitution peut être demandée par cela seul que *causa non secuta est;* mais l'équité a fait introduire une exception en faveur du débiteur dans le cas où il n'a obtenu la chose donnée que moyennant une obligation dont il se charge. Seulement c'est à lui de prouver qu'il est digne de cette faveur. Quelque chose d'analogue se rencontre dans la clause pénale. *Voy.* ci-après, note 55 et § 258, notes 15-17, où notre thèse sera consolidée par plusieurs décisions concernant la *stipulatio pœnæ.*

[45] C'est dans ce sens qu'il faut entendre le fameux Fr. 16, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. « Dedi tibi pecuniam, UT MIHI STICHUM DARES : utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares... » Ce texte consacre tout simplement le principe général d'après lequel la répétition a lieu par cela seul que la *causa,* en vue de laquelle la dation a eu lieu, ne s'est pas réalisée : mais il n'exclut pas les exceptions introduites en faveur du débiteur qui a fait ce qu'on pouvait exiger de lui pour satisfaire à son obligation.

[46] Ces règles se trouvent énoncées de la manière la plus formelle dans le Fr. 5, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4, qui est trop long pour être transcrit ici, et surtout dans le Pr. et dans les §§ 2. 3. 4 de ce fragment. Elles découlent encore des citations indiquées dans les notes suivantes, combinées avec les textes mentionnés ci-dessus, notes 40 et 42.—Il résulte, au reste, de la nature des choses qu'aucune preuve ne peut incomber au débiteur quand l'obligation contractée par lui consiste *à ne pas faire.* Dans ce cas, en effet, il ne saurait être question de *pœnitentia* ou répétition, tant que le débiteur ne s'est pas rendu coupable de contravention. Fr. 3, pr., § 1, D., *eodem* et ci-après, § 258, note 10.

[47] Fr. 19, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. « Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens idipsum agitur ut confestim obligaretur.....Et cum pecunia daretur, *ut aliquid fieret,* quamdiu in pendenti esset an id futurum esset, cessabit obligatio : cum vero certum esse cœpisset futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset. Veluti, si Titio decem dedero, *ut Stichum intra Kalendas manumitteret,* ante Kalendas nullam actionem habebo, post Kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit. » — Fr. 3, § 3, D., *de condictione c. d. c. n. s.* transcrit à la note suivante. — Cf. Fr. 18, § 1, D., *de donationibus* 39, 5.

de le mettre à l'abri de toute responsabilité[48]. Cependant, même dans ce cas, il est libre au créancier, tant que pareille impossibilité fortuite n'est pas survenue, d'user du *ius pœnitendi* et de répéter la chose donnée, pourvu qu'il fasse notifier cette intention au débiteur, avant que ce dernier ait fait des actes d'exécution ou au moins préparatoires [49].

Observation. L'exposé qui précède diffère des théories développées dans la plupart des ouvrages modernes, surtout par les deux points suivants : 1° Nous considérons l'*actio præscriptis verbis* comme une *condictio incerti*. En nous plaçant à ce point de vue, nous parvenons aisément à expliquer la contradiction apparente que l'on trouve entre la qualification de *in factum actio* et la circonstance que la formule de notre action était évidemment *in ius concepta*. Cette considération suffirait peut-être pour assurer un accueil favorable à notre manière de voir, si elle n'était, d'ailleurs, expressément consacrée par les témoignages les plus formels de nos sources [50]. Pourtant, si nous exceptons quelques auteurs dont nous ne pouvons accepter l'alliance par la raison que pour eux toute action personnelle est, dans le droit nouveau, une *condictio*, notre opinion est isolée, et la plupart des jurisconsultes modernes en sont si éloignés, qu'ils s'élèvent même contre les textes où l'*actio præscriptis verbis* est qualifiée de *condictio* et qu'ils tentent de les altérer par les procédés les plus violents [51]. Nous ne pouvons attribuer cette résistance opiniâtre qu'à deux préjugés dont la persistance a tout lieu de nous étonner. Le premier de ces préjugés consiste à restreindre arbitrairement le domaine des *condictiones* [52], en méconnaissant que, par une conséquence naturelle du développement historique, la forme condictice est celle qu'ont dû revêtir

[48] Fr. 3, § 3, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. « Quid, si ita dedi, *ut intra certum tempus manumittas?* Si nondum tempus præteriit, inhibenda erit repetitio, nisi pœniteat (c.-à-d. nisi me pœnituerit et *super hoc te certioraverim*, comme dans le Fr. 5, § 1, D., *eodem*, à la note suivante). Quodsi præteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quod manumitti potuit, repetitionem esse. si minus cessare. » Cf. Fr. 5, § 1. 2, D., *eodem*, et Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

[49] Fr. 5, § 1, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 5, § 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Cf. ci-dessus, note 42 et Fr. 19, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1, ci-dessus, note 47.

[50] *Voy.* ci-dessus, note 9. Aux passages cités dans cette note, nous pourrions, à bon droit, ajouter le Fr. 6, D., *h. t.* « Civili intentione incerti agendum est. » et le *Scholion* 1 *ad Basil.* XI, 1, 7. (Heimbach, t. I, p. 560). « Ideo incertam tribuo, id est præscriptis verbis, quæ rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit (μετέρχεται δὲ εἰς ἐντεντίονα 'ιγκέρταν) et in fine communi, id est in condemnatione consueta desinat, » ainsi que tous les textes qui parlent de *incerta civilis actio*.

[51] Soit en changeant, contrairement à toutes les règles de la critique, le mot *condictio* en *actio ;* soit en biffant arbitrairement le mot. *Voy.* encore à la fin de la note suivante.

[52] De Savigny, *Système*, t. V, appendice XIV, pages 503-642 dans sa belle dissertation sur les *condictiones* (qui malheureusement se ressent trop des deux préjugés que nous signalons) va jusqu'à voir dans Gaius le contraire de ce que ce jurisconsulte dit de la manière la plus formelle. Ainsi d'après de Savigny, *l. l.*, n° 34, note *a* (page 617), Gaius, IV, 136. 137, donnerait pour chaque espèce de *condictiones incertæ* une *demonstratio* expresse ; tandis qu'en réalité, aux en-

toutes les actions personnelles unilatérales, qui, sous le système formulaire, ont été créées par le *ius civile*, c'est-à-dire par la législation et par la jurisprudence [53]. Le second préjugé consiste à considérer toutes les *condictiones* comme constituant des *iudicia stricti iuris* [54]. — 2° La plupart des auteurs modernes attribuent au *ius pœnitendi*, dans les contrats innommés, une étendue plus grande que dans les autres applications de la *condictio causa data causa non secuta*, et créent ainsi des contradictions arbitraires entre les diverses décisions qui se trouvent dans nos sources. Nous croyons avoir démontré que, bien au contraire, le caractère synallagmatique des contrats innommés a pour effet de limiter le caractère absolu de la *condictio* en répétition. Partant de ce principe, nous avons fait disparaître ces prétendues contradictions au moyen d'une théorie rationnelle et équitable qui trouve sa parfaite analogie dans la *stipulatio pœnæ* [55].

§ 244. *Diverses espèces de contrats innommés.*

Le jurisconsulte Paul, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, avait analysé les divers cas qui peuvent se présenter par suite de l'application du principe d'Ariston, en les classant dans quatre grandes catégories : Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias. Au premier abord, cette analyse paraît offrir une classification rationnelle de la matière ; mais, en la suivant, on n'obtient aucun avantage réel, par la raison que les règles qui dominent les quatre espèces sont toujours les mêmes, et que l'application en doit être faite d'une manière uniforme d'après les principes généraux, ou par analogie des contrats vulgaires et nommés. — C'est pourquoi nous ne tiendrons aucun compte de cette division, et nous nous bornerons à indiquer quelques cas spéciaux qui empruntent un certain intérêt à des circonstances particulières [1].

droits indiqués, Gaius dit que la *condictio incerti* a une præscriptio *inserta formulæ* loco demonstrationis, proposition qui appuie puissamment notre manière de voir. Cf. ci-dessus, notes 12. 15. 16. 17.

[53] *Voy.* ci-dessus, § 194, notes 10-20.

[54] *Voy.* ci-dessus, § 195, notes 11 sqq. et Observation, ainsi que ci-après, § 246, Observation.

[55] *Voy.* ci-dessus, notes 39-48 et ci-après, § 258, note 15-17; § 276, notes 16-18.

[1] La plupart des commentateurs ont l'habitude de mentionner trois espèces de contrats innommés, en négligeant entièrement les autres cas qui peuvent se présenter. Encore le choix qu'ils font est généralement très-mauvais ; car il comprend, outre l'*échange* et la *commission*, une monstruosité byzantine connue sous le nom de *contractus suffragii*, et qui, certes, ne mérite pas plus l'honneur d'un exposé que les lois contre les hérétiques et d'autres gentillesses du même genre. Voir le tit. C., *de suffragio* 4, 5, et la *Nov.* 8, c. 1. — Comme il est impossible de faire une énumération complète des contrats innommés, nous nous bornons ici à exposer rapidement quelques cas qui ne trouveraient pas ailleurs une place convenable, sauf à mentionner d'autres espèces quand nous nous occuperons des matières auxquelles elles se rattachent le plus facilement. Ainsi nous traiterons des *arrhes* dans les conventions accessoires ; le *receptum* des effets apportés par un

1° L'espèce la plus importante des contrats innommés de la catégorie *do ut des* est le contrat d'échange, *permutatio* †, qui est parfait quand l'une des parties a donné une chose, afin que l'autre partie lui donne une autre chose, le mot *dare* pris dans le sens technique, transférer la propriété [2]. Le contrat d'échange a généralement le même but pratique que le contrat de vente, remise d'une chose afin d'en obtenir une autre [3]. Aussi les anciens jurisconsultes avaient-ils douté si les deux contrats ne devaient pas être jugés d'après les mêmes principes; mais, comme nous l'avons vu ci-dessus, l'opinion contraire des Proculéiens prévalut et fut expressément consacrée dans la législation de Justinien, par la raison que, dans la vente, il faut une chose et un prix, un vendeur et un acheteur, et que ces distinctions seraient impossibles à établir dans l'échange, où l'on donne une chose pour une autre et non pas une chose pour une somme d'argent [4]. Cette différence n'est pas sans entraîner des conséquences pratiques assez importantes, que nous allons brièvement indiquer. La vente est civilement obligatoire par le seul consentement, tandis que le contrat d'échange n'est parfait qu'après la dation effectuée par l'une des parties [5]. Cette dation transfère, dans l'échange, immédiatement la propriété à l'acquéreur, quand même celui-ci n'exécuterait pas de son côté; dans la vente, au contraire, la livraison de la chose faite par le vendeur-propriétaire ne transfère, en général, la propriété à l'acheteur que lorsque ce dernier a payé le prix [6]. L'obligation du vendeur diffère encore de celle des copermutants, en ce que ces derniers sont tenus de transmettre la propriété [7], tandis que le vendeur n'est tenu que *ad tradendum*, et à garantir à l'acheteur la jouissance paisible de la chose; d'où il résulte que, dans le contrat d'échange, la garantie pour cause

voyageur sera mentionné en passant, quand nous parlerons des quasi-contrats; il sera encore question de contrats innommés lorsque nous nous occuperons des *pactes joints* aux contrats de bonne foi, des *donations*, des *transactions*, de la *dot*, etc.

† Tit. D., *de rerum permutatione* 19, 4. — Tit. C., *de rerum permutatione et præscriptis verbis* 4, 64.

[2] Fr. 1, pr. § 3, D., *h. t.* — Fr. 16, D., *de condict. causa data causa non secuta* 12, 4. — Fr. 34, pr. in f., D., *de auro argento legatis* 34, 2.

[3] L. 2, C., *h. t.* « Permutationem, utpote re ipsa bona fide constitutam, sicut commemoras, vicem *emtionis obtinere*, non est iuris incogniti. »

[4] Gaius, III, 141. « ... Aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem : alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse et quæ pretii nomine data esse; sed rursus utramque videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse, absurdum videri... » — Fr. 1, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1. « Verior est Nervæ et Proculi sententia : nam, ut aliud est *vendere*, aliud *emere;* alius *emtor*, alius *venditor;* sic aliud est *pretium*, aliud *merx* : quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. » — Fr. 1, pr., D., *h. t.* — L. 7, C., *eodem.* — *Voy.* ci-dessus, § 209, note 24.

[5] Fr. 1, § 2. 3, D., *h. t.* — L. 3, C., *eodem.*

[6] L. 4, C., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 210, note 14.

[7] Fr. 1, pr. § 3, D., *hoc titulo.*

d'éviction a un caractère plus rigoureux que dans la vente [8]. Enfin la partie qui a exécuté son obligation dans le contrat d'échange peut, à son choix, exiger l'exécution par la partie adverse, ou bien user du *ius pœnitendi* et demander la restitution de la chose donnée [9], tandis que, dans la vente, l'inexécution de la part de l'un des contractants n'autorise pas une demande en résiliation, mais seulement une action en dommages et intérêts. — On s'est demandé si l'échange peut être rescindé pour cause de lésion d'outre-moitié. Nous devons répondre négativement, d'abord parce que cette cause de rescision n'a été créée que pour le contrat de vente, et que les motifs qui l'ont fait établir dans cette matière ne se rencontrent pas dans l'échange; ensuite parce que ce bénéfice ne compète qu'au vendeur, et que, dans l'échange, aucun des copermutants ne saurait être considéré plutôt comme vendeur que comme acheteur [10].

2° *Contractus æstimatorius* †. Ce contrat se forme quand je remets à un autre une chose pour qu'il la vende et m'en procure un prix déterminé, ou bien qu'il me la restitue au cas qu'il ne la vende pas. Il ressemble à l'opération que nous désignons aujourd'hui par le nom de *commission*. La remise de la chose ne transfère la propriété au commissionnaire que lorsqu'il a payé le prix ou qu'il a obtenu crédit [11]. Le commissionnaire est obligé de donner la somme convenue ou de restituer la chose [12]; il peut se faire promettre un salaire [13]. Dans tous les cas, il est tenu de toute faute [14]; le caractère alternatif que l'estimation donne au rapport obligatoire [15] a même pour effet de mettre les risques et périls de la chose à la charge du commissionnaire, à moins que l'opération ne se fasse sur la demande de la partie adverse [16].

[8] Cela se montre surtout par les deux points suivants : 1° Dans l'échange chaque partie a certes son recours en cas d'éviction (Fr. 1, § 1. Fr. 5, § 2 in f. D., *h. t.* — L. 29, C., *de evictionibus* 8, 45), mais elle n'a pas besoin d'attendre l'éviction (ci-dessus, § 212, n° 4) : elle peut agir *præscriptis verbis* ou user du *ius pœnitendi* aussitôt qu'elle apprend que la chose qu'elle a reçue n'était pas la propriété de la partie adverse. Fr. 15, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 1, pr. § 1, D., *h. t.* — 2° Le copermutant n'est point réduit à l'action en dommages et intérêts; il peut, s'il le préfère, user du *ius pœnitendi* et répéter la chose qu'il a donnée. L. 1, C., *h. t.* —Arg. Fr. 16 in f. D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Rappelons ici que du chef des vices rédhibitoires chacun des copermutants peut se servir des actions édilitiennes. Fr. 2, D., *h. t.* « Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emtioni, *sanum quoque, furtis noxisque solutum, et non esse fugitivum servum*, præstandum, qui ex causa daretur. »—Fr. 19. § 5, D., *emti* 19, 1, ci-dessus, § 213, note 63.

[9] Fr. 1, § 4, D., *h. t.* — Fr. 5, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 4. 5. 6. 7, C., *h. t.*

[10] *Voy.* ci-dessus, § 214 *in fine*.

† Tit. D., *de æstimatoria* 19. 3.

[11] Arg. Fr. 5, § 18, D., *de tributoria actione* 14. 4.

[12] Théophile, *ad Inst.* IV, 6, 28. — Fr. 1, § 1, D., *h. t.* — Fr. 17, § 1, D., *de præscriptis verbis*, ci-après, note 17.

[13] Fr. 2, D., *hoc titulo*.

[14] Fr. 17, § 1, D., *de præscriptis verbis*, ci-après, note 17.

[15] Cf. ci-dessus, § 173, note 25.

[16] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Æstimatio autem periculum facit eius qui suscepit : aut igitur ipsam

3° Nous trouvons sous le nom de *precarium* une institution romaine qui remonte à la plus haute antiquité †. D'après une hypothèse ingénieuse, l'origine du précaire serait due au mode d'exploitation de l'ancien *ager publicus* [17]. Les patriciens et les optimates avaient l'habitude d'abandonner aux clients sur leur demande, *precario*, une partie des possessions prises dans le domaine public [18]. La nature particulière des relations résultant du patronage s'opposait à ce que le rapport qui s'établissait par ces concessions fût revêtu du caractère d'une obligation civile : on le considérait comme un simple état de fait, comme une faveur que le patron pouvait faire cesser à volonté [19]. Il est vrai que, par contre, le patron, dans le cas où le client refusait la restitution, n'avait point d'action civile contre lui ; mais le préteur donnait alors, comme dans d'autres cas analogues, un interdit à l'effet de faire recouvrer la possession du fonds, *interdictum de precario* [20]. L'avantage que cette institution procurait la fit, par la suite, appliquer à d'autres hypothèses. C'est ainsi que, pour ne mentionner qu'une application fort ancienne, le créancier à qui une chose avait été mancipée pour lui servir de garantie réelle, consentait fréquemment à abandonner au débiteur *precario* la possession et l'usage de cette chose [21]. Enfin, du temps des jurisconsultes classiques,

rem debebit incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit, » combiné avec Paul, II, 4, 4, et Fr. 17, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Si margarita tibi æstimata dedero... deinde hæc perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor (lisez : *venditum* ou *venditionem* ou *de venditione*) rogavi, meum esse periculum ; *si tu me, tuum ;* si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi præstes. Actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis. »

† Tit. D., *de precario* 43. 26. — Tit. C., *de precario et Salviano interdicto* 8, 9.

[17] Niebuhr, *Histoire romaine*, t. II, p. 161 sqq. — De Savigny, *Traité de la possession*, § 12 *a* et § 42. — Cette hypothèse, accueillie d'abord avec une grande faveur, a depuis trouvé beaucoup de contradicteurs. Elle nous paraît pourtant présenter un grand caractère de probabilité. Nous renvoyons à cet égard à ce que nous avons dit ci-dessus, t. I, n° 15 ; § 80, notes 2-6 ; § 88, notes 10-13, et § 90, n° 3, en ajoutant que, en dehors du passage d'Isidore, *Origines*, V, 17, 25, le Fr. 4, pr. D., *hoc titulo*, paraît également indiquer que le *precarium* ne s'appliquait dans l'origine qu'aux *immeubles*. *Voy.* aussi ci-après, notes 21 et 26.

[18] C'est même de cet usage que l'on fait dériver les mots *patres*, *patricii*. Festus, v. « *Patres* senatores ideo appellati sunt; quia agrorum partes attribuebant tenuioribus (perinde) ac liberis propriis. » *Voy.* ci-dessus, t. I, n° 15.

[19] Fr. 8, § 3. Fr. 14, D., *h. t.* — Fr. 1, pr. § 2. Fr. 2, § 2. Fr. 15, pr. D., *eodem*. Cf. ci-après, n° 3.

[20] Cette circonstance milite encore en faveur de l'hypothèse mentionnée ci-dessus, note 18. D'une part, en effet, elle démontre l'origine très-ancienne de l'institution ; d'autre part, elle rend probable que celui qui accordait le *precarium* n'avait aucun droit civil sur la chose, puisque c'est pour des hypothèses de ce genre que le préteur créa la protection judiciaire des interdits. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 71, notes 1 sqq., et Fr. 14, D., *h. t.*

[21] Gaius, II, 60. — Isidore, *Origines*, V, 25, 17. « *Precarium* est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere. » *Voy.* t. I, § 153, note 2. — Plus tard nous voyons la même concession se faire par le simple créancier-gagiste. Fr. 6, § 4. Fr. 11, D., *h. t.* et *passim*.

l'institution est devenue générale, embrassant toute concession de jouissance d'une chose ou d'un droit réel quelconque [22]. Pendant des siècles, le rapport obligatoire qui en résultait n'avait eu d'autre protection que celle donnée par le préteur au moyen de l'*interdictum de precario* [23] ; mais la jurisprudence finit par y découvrir les éléments qui caractérisent les *nova negotia* consacrés par Ariston, et par y appliquer l'*actio præscriptis verbis*, ce qui fait que, dans le droit nouveau, le précaire prend place parmi les contrats réels [24]. A ce titre, il présente une grande analogie avec le commodat, dont il diffère cependant par les points suivants : 1° Le commodat ne s'applique qu'aux choses corporelles, tandis que le *precarium* peut avoir pour objet non-seulement des choses corporelles [25], mais aussi des droits réels, et notamment des droits de servitude [26]. 2° Dans le précaire, l'emprunteur a naturellement, à moins que l'intention contraire n'ait été manifestée ou ne résulte des circonstances [27], la possession de la chose, c'est-à-dire qu'il peut intenter en son nom les interdits possessoires, bien qu'il n'ait pas l'intention d'avoir la chose comme lui étant propre [28]. 3° Le précaire, par suite de son caractère originaire de pure faveur, est toujours révocable à volonté, alors même qu'il aurait été accordé pour un temps déterminé [29], et il cesse de droit par la mort de l'emprunteur [30]. 4° Enfin, malgré l'avantage qu'il retire du contrat, l'em-

[22] *Voy.* ci-après, note 26

[23] Fr. 14, D., *h. t.* – Fr. 14, § 11, D., *de furtis* 47, 2.

[24] Paul, V, 6, 10. – Fr. 2, § 2. Fr. 19, § 2, D., *h. t.* – Fr. 25, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[25] Mobilières ou immobilières. Fr. 4, pr. Fr. 7. 10. 17. 21, D., *h. t.* – L. 2, C., *eodem* et *passim*.

[26] Fr. 2, § 3, D., *h. t.* « Habere precario videtur qui possessionem vel *corporis* vel *iuris* adeptus est... » – Fr. 3. 15, § 2, D., *eodem*. – Fr. 12, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 17, D. *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 1, § 11, D., *de itinere actuque privato* 43, 19.

[27] *A*) Convention. « .... rogavit ut *precario* in fundo *moretur*... » Fr. 10, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 6, § 2, D., *h. t.* — *B*) Exemples : 1° La tradition de la chose vendue à crédit, que le propriétaire fait sous réserve de son droit de propriété. *Voy.* ci-après, § 249, n° 5 *in fine*. 2° L'usage de la chose engagée que le créancier-gagiste accorde au débiteur, ce qui présente en apparence l'anomalie d'un *precarium rei* suæ. *Voy.* ci-dessus, note 21 et Fr. 36, D., *de adq. poss.* 41. 2.–Fr. 33, § 6, D., *de usurpationibus* 41. 3.–Fr. 6, § 4, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 199, note 3, b; § 209, note 22. Dans le Fr. 6, § 4, D., *cité*, Ulpien, pour faciliter sa démonstration, établit une distinction en *precarium proprietatis* et *precarium possessionis*, qui n'a aucune importance réelle.

[28] Fr. 4, § 1. 4. Fr. 6, § 3. Fr. 12, pr. Fr. 15, § 4. Fr. 17, D., *h. t.* – Fr. 13, § 1, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. – Fr. 21, § 3, D., *de adquirenda possessione* 41, 2. – Cf. Fr. 10, pr. § 1. Fr. 13, § 7. Fr. 36, D., *eodem*, et Fr. 33, § 6, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[29] Fr. 1, § 2. Fr. 2, § 2. Fr. 15, pr. D., *h. t.* – Fr. 12, pr. D., *eodem*. « Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio conferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. » Cf. Fr. 17, § 3, D., *commodati* 13, 6.

[30] Fr. 12, § 1, D., *h. t.* « Precarii rogatio... ad heredem eius... qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi, concessa possessio est. » – Fr. 8, § 1, D., *eodem*. « Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur... » – Fr. 11,

prunteur n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde[31]. Cette anomalie est probablement une réminiscence du temps où le précaire n'était point encore considéré comme constituant un contrat, mais comme un simple état de fait. — Pour obtenir la restitution de la chose, le prêteur n'avait, dans l'ancien droit, que l'interdit *de precario*[32]; dans le droit nouveau, il peut aux mêmes fins intenter l'*actio præscriptis verbis*, qui sert également à faire valoir tous les autres droits auxquels le contrat peut donner lieu[33]. Nos sources ne parlent, à propos du précaire, ni d'une *actio præscriptis verbis* appartenant à l'emprunteur, ni du *ius pœnitendi*. Cela s'explique aisément : la première, en effet, ne saurait guère naître dans les conditions particulières de notre contrat, et la *condictio causa data causa non secuta* est entièrement inutile en présence des deux actions qui résultent directement du précaire.

Des obligations verbales : Obligationes quæ verbis contrahuntur †.

§ 245. *Notion et introduction historique.*

Nous avons montré ailleurs comment l'obligation verbale est née, par une série de modifications successives, de l'échange matériel d'une chose contre une autre[1]. La première forme civile de l'échange fut la *mancipatio*, c'est-à-dire originairement le troc d'une chose contre une quantité de métal qu'on pesait au moyen d'une balance, *per æs et libram*. Ce même procédé, *per æs et libram*, fut appliqué au cas où une personne voulait s'obliger envers une autre. En échange de la somme d'argent que le créancier comptait au débiteur au moyen de la balance, celui-ci mancipait sa personne au créancier : il était dès lors lié ou enchaîné envers ce dernier, et l'acte prenait de cet enchaînement le nom de *nexum* ou

§ 1, D., *eodem*. – Fr. 4, D., *locati* 19, 2. « Locatio precariive rogatio ita facta, *quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet*, morte eius qui locavit, tollitur. »

[31] Fr. 8, § 3. 5. 6, D., *h. t.* – Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50. 17. *Voy.* ci-dessus, § 173, note 12. — Il va sans dire qu'il n'en est plus de même, si l'emprunteur est en demeure. Fr. 8, § 4. 6, D., *h. t.* – Fr. 14, § 11, D., *de furtis* 47, 2. Cf. ci-dessus, § 180, notes 3. 4.

[32] Tit. D., *de precario* 43. 26, et surtout Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Ait Prætor : Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas. » — Fr. 8, pr. § 2. 3. 4. 7. 8, D., *eodem*. *Voy* t. I, p. 90, n° 3.

[33] *Voy.* ci-dessus, note 24. Faisons observer que l'*actio præscriptis verbis* est plus favorable au prêteur, parce que, en sa qualité d'action *ex contractu*, elle se donne intégralement contre le héritiers, tandis que l'interdit n'est donné contre eux que *in id quod ad eos pervenit*. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 90, notes 29. 31. 34.

† Gaius, III, 92-128. – Paul, *de stipulationibus* V, 9. – Titt. I., *de verborum obligatione* sqq. 3, 15-21. – Tit. D., *de verborum obligationibus* 45, 1. – Tit. C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8, 38. – Tit. C., *de inutilibus stipulationibus* 8, 39.

[1] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 33, notes 1 et suivantes.

nexus. Cet engagement matériel [2] de la personne du débiteur fut plus tard remplacé par un simple engagement juridique qui, sans soumettre immédiatement le débiteur à la puissance du créancier, donnait à ce dernier une action, ou, ce qui revient au même, une obligation civile [3]. — Mais l'opération elle-même subit des changements qui eurent pour effet de lui donner un caractère imaginaire [4]. La somme d'argent fut remplacée par un lingot d'airain ou par une petite pièce de monnaie que le créancier mettait dans la balance, afin d'obliger le débiteur comme s'il avait reçu une somme d'argent. Le contenu de l'obligation était alors déterminé par les paroles que les parties échangeaient, et qui avaient force obligatoire, comme étant l'accessoire du *nexum*, conformément à la disposition de la loi des Douze Tables : CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO [5]. — C'était donc au moyen de l'opération *per æs et libram*, suivie ou accompagnée de paroles solennelles, [6], que les engagements se contractaient. A une époque plus avancée [7], l'emploi de l'airain et de la balance, qui n'était plus qu'une vaine formalité, disparut, et l'on considéra l'engagement pris par les paroles prononcées de part et d'autre comme suffisant pour créer un lien obligatoire : VERBIS *contrahitur obligatio*. L'opération ainsi simplifiée est connue sous le nom de *stipulatus* ou *stipulatio*, mot dont la racine, *stips*, i. e. *numus*, semble rappeler l'origine et le développement successif de notre institution [8].

[2] Les auteurs modernes n'admettent pas tous que le *nexum* ait été un engagement matériel de la *personne*. *Voy.* ci-après, § 299. Cette controverse est indifférente pour notre matière; car, en rejetant l'engagement de la personne, on ne fait que détacher un anneau, sans briser la chaîne du développement successif que nous exposons. Pour établir que la *stipulatio* doit son origine à l'ancien *nexum per æs et libram*, nous renvoyons, au reste, encore à deux passages de CICÉRON, *de legibus*, II, 20. 21, combinés avec GAIUS, III, 173-175. Il est vrai que, dans ces deux passages, il s'agit de l'*acceptilatio*; mais nous verrons ci-après que l'acceptilation est la forme *verbale* servant à éteindre les obligations, absolument comme la stipulation est la forme *verbale* pour en créer. *Voy.* ci-après, § 295.

[3] Le *nexum* fut aboli, vers 428, par une loi *Pœtelia Papiria*. *Voy.* ci-après, § 299.

[4] Nous disons « imaginaire », conformément au langage des Romains, et non pas symbolique, comme les modernes ont l'habitude de s'exprimer. Il n'y a, en effet, rien de symbolique dans l'opération *per æs et libram*. Ci-dessus, t. I, § 34, note 12.

[5] FESTUS, v. *Nuncupata*. — Nous avons montré ci-dessus (§ 232) comment le *nexum* et le *mancipium* servirent de base civile, d'une part, aux contrats réels, d'autre part, au contrat verbal. C'est d'une manière analogue que le testament passa par la forme de la mancipation *per æs et libram*, pour arriver à une simple déclaration de volonté, *testamentum nuncupativum*. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 363 sq.

[6] Sur le sens du mot solennel, *voy.* ci-après, notes 14 et 16.

[7] On a voulu tirer du Fr. 5, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8, la conclusion que du temps des XII Tables on s'obligeait déjà (*solis*) *verbis*.

[8] VARRON, *de lingua latina*, V, 182 (IV, 36, col. 30, Gothofr. — p. 49 sq. Bipont.) « Hoc ipsum *stipendium* a *stipe* dictum, quod æs quoque stipem dicebant..... Id apparet, quod ut alias stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, *stipulari* et *restipulari*. » — FESTUS, v. « *Stipem* esse numum signatum... et cum spondetur pecunia, quod *stipulari* dicitur. » — D'autres étymologies se trouvent

La stipulation devint ainsi le mode régulier de donner force obligatoire aux engagements verbaux [9]. Partant d'une origine éminemment quiritaire, elle finit par devenir la forme générale pour contracter une obligation unilatérale, forme accessible à tous et étant considérée dès lors comme étant *iuris gentium* [10]. Cependant la rigueur civile qui avait, dans le principe, caractérisé l'institution s'y maintint plus longtemps et avec plus d'intensité que dans les autres contrats, d'autant plus qu'en présence de l'extrême simplicité de la forme, il devait paraître prudent de l'entourer de précautions afin de ne laisser aucun doute sur l'intention sérieuse des parties de contracter une obligation civilement exécutoire [11].

La stipulation se composait essentiellement d'une demande faite par le créancier (*rogatio, interrogatio*) et de la réponse que le débiteur faisait à cette demande (*responsio, sponsio*) [12]. Eu égard au but de l'opération, la réponse était plus fréquemment appelée *promissio,* et la demande *stipulatio;* d'où les termes *promissor*, synonyme de débiteur, et *stipulator*, synonyme de créancier [13]. La rédaction de la demande et de la réponse était abandonnée à la volonté des parties, bien qu'il soit probable qu'il y

chez Paul, V, 7. 1. « ... Stipulationes... adpellatæ, quod per eas firmitas obligationum constringitur. *Stipulum* enim veteres firmum appellaverunt. » — Pr. I., *h. t.* « ... Stipulatio... quia *stipulum* apud veteres firmum appellabatur, forte a *stipite* descendens. » — *Voy.* aussi Isidore, *Origines*, V, 24 in f. « Dicta autem *stipulatio* a stipula. Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant : quam iterum iungentes, stipulationes suas agnoscebant. » Cette étymologie d'Isidore, fondée sur une cérémonie dont aucun auteur romain ne parle, n'a certes rien de sérieux.

[9] En dehors des stipulations, nous trouvons encore deux autres formes d'engagements verbaux civilement obligatoires, savoir : 1° la *dictio dotis*, promesse de dot, faite dans une forme moins rigoureuse que la stipulation. Gaius visigoth., II, 9, 3. — Ulpien, VI, 2. XI, 20. — *Vaticana fragm.* 99 sqq. — 2° L'engagement sous serment, par lequel l'esclave affranchi promet au patron des dons et des prestations ou services, *dona* ou *munera et operæ*. Gaius visigoth., II, 9, 4. — Titt. D., *de operis libertorum* 38, 1; C., *eodem* 6, 3. — Comme ces deux formes d'obligation verbale n'ont aucune importance générale pour la théorie des obligations, nous nous bornons ici à ces indications, sauf à ajouter quelques détails quand nous traiterons des relations de famille auxquelles elles se rapportent. *Voy.* t. III, §§ 310 et 337.

[10] Gaius, III, 93, ci-après, note 15. — Fr. 8, § 4, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[11] La *dictio dotis* et la promesse de dons et de services faite par l'affranchi n'exigeaient point l'existence des deux éléments, demande et réponse. Gaius visigoth. II, 9, 1. 3. 4, et ci-après, t. III, § 310.

[12] Gaius, III, 92. « Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione... » ci-après, note 15. — Pr. I., *de verb. obl.* 3, 14. — Fr. 1, § 1. 7. Fr. 52, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 5, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 7, § 12, D., *de pactis* 2. 14. — Fr. 137, pr. D., *h. t.* « *Continuus* actus stipulantis et promittentis esse debet, ut tamen *aliquod* momentum naturæ intervenire possit... » — Fr. 1, § 1, D., *eodem.* — Fr. 12, pr. D., *de duobus reis* 45, 2. *Voy.* aussi ci-après, note 16.

[13] Nous rencontrons aussi parfois le mot *stipulari* employé pour désigner les opérations de l'une et de l'autre partie, tant l'engagement pris par le débiteur que l'acquisition de l'obligation qui se fait au profit du créancier. § 1, I., *h. t.* « Uterque stipulantium. » — Fr. 26, § 13, D., *de condict. indeb.* 12. 6. — Fr. 7. 1, D., *de eo quod certo loco* 13. 4. — Fr. 61, *verbis* Idem dicen-

eut, dans le principe, des formules sacramentelles [14], parmi lesquelles Gaius nous cite, comme étant essentiellement et exclusivement romaine, celle conçue en ces termes : DARI SPONDES? SPONDEO [15]. — Il est inutile de faire observer que la réponse devait toujours concorder avec l'interrogation [16]; c'est là une condition essentielle de toute manifestation d'un consentement mutuel : mais en ce qui concerne les stipulations, nous trouvons, sous ce rapport, plusieurs dispositions qui montrent qu'on jugeait cette forme avec une grande rigueur, bien que d'autres textes semblent aussi admettre des principes plus libres [17]. — Conformément à la règle que nous ne pouvons acquérir ni nous obliger par d'autres, *per liberas personas*, la stipulation exige nécessairement que les parties se trouvent en présence [18]. Cette règle, qui a été toujours rigoureusement maintenue, ne laissait pas que de présenter d'assez grands inconvénients dans la pra-

dum D., *de adm. et peric. tut.* 26. 7. — Fr. 5, § 6, D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27. 9. Dans ces quatre derniers passages, *stipulari* est dit du débiteur. *Voy.* aussi PRISCIEN, VIII, 4. « (Lex) Lætoria quæ vetat minorem XXV annis *stipulari*, ἐπερωτᾶσθαι. Cf. ci-après, t. III, § 556, note 4.

[14] Rappelons à ce propos l'observation que nous avons déjà eu l'occasion de présenter au t. I, § 34, note 21, sur le sens du mot *solemnis*. Ce terme, qui dérive de *solere*, veut tout simplement dire *usité, usuel*, c'est-à-dire « conforme à l'usage, consacré par l'usage. » (Cf. ci-après, note 16.) En y attachant le sens que nous attribuons aux mots modernes : *solennel, solennité*, les commentateurs et surtout les adorateurs de l'élément symbolique en jurisprudence ont fréquemment altéré la véritable nature des institutions romaines.

[15] GAIUS, III, 92-94. « 92. Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut : DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIES? FACIAM. 93. Sed hæc quidem verborum obligatio : DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium romanorum est (GAIUS, III, 179 in f.); ceteræ vero iuris gentium sunt; itaque inter omnes homines, cives romanos sive peregrinos, valent. Et quamvis ad græcam vocem expressæ fuerint, velut hoc modo : δώσεις; δώσω · ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ · πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω · ποιήσεις; ποιήσω, hæc tamen etiam inter cives romanos valent, si modo græci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis latine enuncientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO, adeo propria civium romanorum est, ut ne quidem in græcum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a græca voce figurata esse. 94. Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget, PACEM FUTURAM SPONDES? vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est; quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur. » *Voy.* aussi PAUL, II, 3. — § 1, I., *de verb. obl.* 3, 14. — L. 10, C., *h. t.* 8, 38.

[16] GAIUS, III, 102. — § 1. 5, I., *de verb. obl.* 3, 14. — Fr. 1, § 3. 6. Fr. 83, § 2, D., *eodem.* — Fr. 52, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Malgré la *solemnitas verborum* requise dans la stipulation (*voy.* PAUL, V, 7. 1 et la note 14), on n'exigeait pas toujours une *concordance littérale* de l'interrogation et de la réponse. Ainsi nous trouvons dans PLAUTE, *Pseudolus*, IV, 6, 13 et 14 : « Viginti minas DABIN? DABUNTUR »; et même la question DABIS? suivie de la réponse QUIDNI? dans ULPIEN, Fr. 1, § 2, D., *h. t.*

[17] GAIUS, III, 102. — GAIUS VISIGOTH. II, 9, 10. — § 5, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. — Fr. 1, § 4. Fr. 83, § 3, D., *h. t.* — Fr. 15, D., *de acceptilatione* 46, 2. *Voy.*, pour l'interprétation de ces textes, ci-dessus, § 200, notes 6-8.

[18] GAIUS, III, 136. « ... Verborum obligatio *inter absentes* fieri non potest. » Cf. LE MÊME, III, 105. 138. — PAUL, V, 7, 2. « Verborum obligatio inter præsentes, non etiam inter absentes

tique. Le créancier cependant avait un moyen de les éviter, en se faisant remplacer par un esclave ou par une autre personne soumise à sa puissance ; et c'est là ce qui nous explique l'emploi fréquent des esclaves dans les transactions civiles des Romains [19]. — Une particularité qui a distingué les stipulations jusqu'aux temps de Justinien, provenait d'une règle de droit que les Romains énonçaient en disant que *obligatio ex heredis persona incipere non potest*. Cette règle n'est, au fond, que la conséquence inévitable du principe qui forme la base de la succession héréditaire. Il est, en effet, absolument impossible que le continuateur de notre personne soit, en cette qualité, créancier ou débiteur d'une obligation qui ne se trouvait point dans notre patrimoine, c'est-à-dire dans notre *persona* [20]. Mais les jurisconsultes romains s'écartèrent, dans notre matière, de leur rigueur logique ordinaire. Confondant la prestation avec l'obligation, ils firent d'un principe juste une application erronée, en considérant comme inefficaces toutes stipulations ayant pour objet une prestation à faire après la mort du stipulant ou après la mort du promettant, même dans des hypothèses où le lien obligatoire avait déjà existé auparavant [21]. Cette erreur de théorie ne laissa pas que d'entraîner des inconvénients pratiques très-graves auxquels on chercha à remédier par des moyens indirects. C'est ainsi que l'on prit l'habitude de s'adjoindre d'autres personnes qui intervenaient dans la stipulation, soit comme auxiliaires du créancier, *adstipulatores*, soit comme auxiliaires du débiteur, *adpromissores*, et qui dès lors pouvaient valablement exiger le payement ou

contrahitur. » — § 7. 12, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. « Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. » — Fr. 1, pr. D., *h. t.*, à la note suivante. — Fr. 1, § 14. 15, D., *de obl. et act.* 44, 7. — L. 3, C., *de inutil. stipulat.* 8, 39.

[19] Fr. 1, pr. D., *de verb. oblig.* 45, 1. « Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente. Et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt ; nec absens quidem : quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit, iubeat, et erit *quod iussu* obligatus. » — L. 14, C., *h. t.* 8, 38. — Cf. Titt. I., *de stipulatione servorum* 3, 17 ; D., *eodem* 45, 3.

[20] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 8, notes 8 sqq., et ci-après, t. III, § 358. Aussi Gaius, III, 158, énonce-t-il le principe d'une manière générale, à propos du contrat de mandat.

[21] Gaius, III, 100. « Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dare stipuletur : Post mortem meam dari spondes ? vel ita : cum morieris, dare spondes ? id est, ut in novissimum vitæ tempus, stipulatoris aut promissoris, obligatio conferatur ; nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. Rursus ita stipulari non possumus : Pridie quam morier, aut : Pridie quam morieris, dari spondes ? Quia non potest aliter intelligi *pridie quam aliquis morietur*, quam si mors secuta sit : rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est : heredi meo dari spondes ? Quæ sane inutilis est. 101. Quæcumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intelligimus. » — Le même, III, 117. 119. 158. 176. — § 13, I., *h. t.* — Dans plus d'une occasion cependant nous trouvons des solutions qui échappent à ces extensions irrationnelles. Gaius, II, 232. — Paul, *Vaticana fragmenta* 98. — Ulpien, Fr. 38, § 12. 14. Fr. 45, § 1, D., *h. t.* — § 15, I., *de inutil. stipulat.* 3. 19. Rappelons aussi que la *cautio fructuaria* dans l'usufruit *viager* aurait été incompatible avec les idées reçues ; ce qui n'empêchait pas de lui donner

être poursuivis après la mort de la partie principale [22]. Justinien abolit cette particularité et avec elle l'institution des *adstipulatores* et *adpromissores* [23]. — Enfin il nous reste à mentionner que l'ancienne jurisprudence rejetait également les stipulations appelées *prépostères*, dans lesquelles on promettait d'effectuer la prestation d'une obligation conditionnelle avant l'accomplissement de la condition. Bien qu'une pareille promesse renferme évidemment une absurdité, l'empereur Léon l'admit quand il s'agissait de constituer une dot, et Justinien rendit cette faveur générale à toutes les stipulations, en ce sens cependant que l'exécution de la promesse ne peut être demandée qu'après l'accomplissement de la condition [24]. — Quant aux autres règles que nous trouvons dans nos sources relativement aux conditions requises pour la validité des stipulations, nous pouvons les passer sous silence, par la raison qu'elles ne sont pas exclusivement propres aux obligations verbales et que nous les avons déjà exposées en traitant des conditions requises pour la validité des conventions en général (§§ 198-205). Nous devons cependant rappeler l'observation que nous avons eu l'occasion de faire plus d'une fois alors, savoir qu'en général ces règles sont appliquées aux stipulations avec une sévérité plus grande qu'aux autres conventions.

On conçoit, au reste, que cette sévérité, tant pour le contenu que pour la forme des stipulations, ait dû s'affaiblir sensiblement, quand l'influence du *ius gentium* fut devenue toute-puissante. L'usage et les constitutions impériales [25] introduisirent des principes plus libres, et, dans les derniers temps, la stipulation se trouve ramenée aux conditions essentielles et générales de toute convention, n'offrant plus d'autre particularité que la

la forme réprouvée par Gaius dans les passages que nous avons transcrits au commencement de la note. Fr. 7, § 1, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. « ... CUM MORIERIS, AUT CAPITE MINUERIS, DARI... » Cf. ci-dessus, t. I, § 127, notes 6 sqq.

[22] GAIUS, III, 117, et ci-après, § 246, notes 36-39.

[23] § 13, I., *de inutilibus stipulationibus* 3. 19. – L. 11. 15, C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8. 38. – L. un. C., *ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant* 4. 11. Cf. ci-dessus, § 206, note 15.

[24] § 14, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. « Item, si quis ita stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? inutilis erat stipulatio, quia *præpostere* concepta est. Sed, cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eamdem stipulationem, quæ *præpostera* nuncupatur, non esse reiiciendam existimavit, nobis placuit, et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis. » — JUSTINIEN, L. 25, C., *de testamentis* 6, 23. « Præposteri reprehensionem... tollimus, ut, tali exceptione cessante, et stipulatio et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeant : exactione videlicet post condicionem vel diem competente. »

[25] CONSTANTIN, L. 1, C., *de formulis et impetrationibus actionum sublatis* 2, 58. « Iuris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. » — LEON, L. 10, C., *de contrah. vel committ. stipulatione* 8, 38. « Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositæ sunt vel legibus cognitæ, suam habeant firmitatem. 469. » – § 1, I., *h. t.* — Cf. ci-dessus, t. I, § 54, notes 22. 25.

nécessité de la forme verbale [26], et par conséquent de la présence des parties. Encore cette condition subit-elle une modification importante par Justinien. De tout temps, ou au moins depuis longtemps déjà, on avait eu l'habitude de rédiger par écrit le contenu de la stipulation, afin de pouvoir établir, en cas de contestation, d'une manière certaine, tout ce qui s'était passé entre les parties [27]. Cet écrit, *instrumentum* ou *cautio*, n'ajoutait rien à la validité de la stipulation; mais on s'habitua peu à peu à lui accorder une certaine valeur comme moyen de preuve [28]. Ce que l'usage avait introduit, Justinien le consacra d'une manière positive, en statuant qu'un pareil instrument fera foi de ce qu'il contient, de sorte que le demandeur qui le produit n'aura plus besoin de prouver les faits de la stipulation et de l'accomplissement des conditions requises. Par la production de l'écrit, ces faits, notamment en ce qui concerne la présence des parties, sont tenus pour vrais jusqu'à preuve contraire, et encore cette preuve ne pourra-t-elle être fournie que par d'autres écritures ou par des témoins dignes de toute confiance [29]. Par suite de cette loi, la législation romaine se trouve de fait et au point de vue pratique assez semblable à la plupart des législations modernes.

§ 246. *Effets et emploi des stipulations.*

I. La stipulation est une forme générale qui s'adapte à toute convention ayant pour but de créer une obligation unilatérale [1]. Originairement on ne s'en servait, selon toute probabilité, que pour s'engager au payement d'une somme d'argent, *pecunia certa*, et c'était au moyen de la *con-*

[26] C'est-à-dire de la PAROLE : « VERBIS, *etiamsi non solemnibus, vel directis*, SED QUIBUSCUNQUE. » L. 10, C., *citée* à la note précédente.

[27] Les formules de pareils actes, qui nous sont conservées dans nos sources ou par expéditions originales, nous montrent qu'ils contenaient un narré complet des faits, ainsi que la désignation exacte de l'objet de la promesse, suivie de la formule obligatoire, renfermant l'interrogation et la réponse, par exemple : TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST A. AGERIUS, SPOPONDIT NUM. NEGIDIUS, ou bien HÆC RECTE DARI FIERI PRÆSTARIQUE STIPULATUS EST A. A. SPOPONDIT N. N., ou encore FIDE ROGAVIT A. A. FIDE PROMISIT N. N., etc. *Voy.* les actes transcrits dans BRUNS, *fontes iuris*, p. 133 sq., et GIRAUD, *Enchiridion*, p. 652 sqq. ainsi que Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 122, § 1. Fr. 126, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 11, § 2. D., *de duobus reis* 45, 2. Cf. § 2, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29.

[28] PAUL, V, 7, 2. « Verborum obligatio inter præsentes, non etiam inter absentes, contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit. » — ULPIEN, Fr. 30, D., *h. t.* « Sciendum est generaliter, quod si quid se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta. » — Fr. 134, § 2, D., *eodem*. — Cf. Fr. 57, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. — *Voy.* encore, § 248, note 1.

[29] L. 14, C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8, 38. — § 12, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19. — § 8, I., *de fideiussoribus* 3, 21.

[1] Nous verrons ci-après, notes 25. 26, que l'on pouvait aussi, au moyen de deux stipulations, consacrer des obligations réciproques; cependant ces obligations ne formaient point un lien synallagmatique.

dictio certi que le créancier poursuivait l'exécution de la promesse. A mesure que l'usage des *condictiones* s'étendit, l'emploi des stipulations devint aussi plus fréquent, et quand on eut admis les *condictiones incerti,* rien ne s'opposait plus à appliquer la *stipulatio* à toutes prestations quelconques, même à la promesse d'un *facere* ou d'un *non facere* [2]. Pourtant les stipulations incertaines étaient moins fréquentes, et l'on avait l'habitude d'y ajouter une clause portant promesse de payer, en cas d'inexécution, une somme d'argent, afin de rendre certaine la quotité de l'intérêt du créancier [3]. C'est ce qui explique l'usage fréquent des *stipulationes pœnæ*, dont nous aurons à parler plus tard quand nous traiterons des conventions accessoires [4].

On dit communément que la stipulation produit deux actions différentes, savoir : la *condictio*, si la stipulation est certaine; et si elle est incertaine, l'*actio ex stipulatu*. Bien que cette opinion et la terminologie qu'elle consacre s'appuient sur quelques textes de nos sources [5], nous ne pouvons l'admettre. Les deux termes dont il s'agit n'ont point la signification technique et exclusive qu'on leur prête. Toute action qui a pour but de poursuivre l'exécution d'une obligation verbale est une *condictio*, soit *certi*, soit *incerti*, selon la nature de l'objet de la prestation; de même toute action résultant de la *stipulatio* peut être appelée *actio ex stipulatu*. On se servait de préférence du mot *condictio* quand il s'agissait d'une *stipulatio certi*, par la raison que la première application des *condictiones* s'était faite aux *res certæ* [6]; mais on employait le terme *actio ex stipulatu* indifféremment pour les *stipulationes certæ* comme pour les *stipulationes incertæ*, quand on voulait indiquer la source et le fondement de l'action [7], de même que nous trouvons *actio ex testamento* pour désigner la condic-

[2] Gaius, IV, 136. — § 7, I., *h. t.*, à la note suivante. — Fr. 2, pr. § 5. Fr. 4, pr. § 1. Fr. 28. 52, § 1. Fr. 67, § 1. Fr. 68. 72, pr. Fr. 75, § 1-8. Fr. 124. Fr. 135, § 3, D., *h. t.* — Fr. 3, pr. D., *de condict. sine causa* 12, 7. — Fr. 3, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 2, § 4, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 12, D., *de novationibus* 46, 2 et *passim*. Il faut y ajouter la plupart des *stipulations prétoriennes*. *Voy.* ci-dessus, § 192, notes 18. 20 et t. I, § 70, notes 19 et suivantes.

[3] § 7, I., *de verb. obl.* 3, 15. « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur, aliquid fieri, vel non fieri. Et in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid eius intersit. Itaque si quis *ut fiat* aliquid stipuletur, ita adiici pœna debet : *si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?...* »

[4] *Voy.* ci-après, § 258.

[5] Pr. I., *de verb. obl.* 3, 15. « Ex qua (verborum obligatione) duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio*, si certa sit stipulatio, quam *ex stipulatu*, si incerta. » — Fr. 24, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. »

[6] *Voy.* ci-dessus, § 194, notes 10-20, et § 195, notes 2-7.

[7] Paul, I, 1, 3. II, 22, 2. — § 29, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 7, § 12, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 15, D., *de transactionibus* 2, 15. — Fr. 7, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 21, § 12, D.,

tion résultant d'un testament [8]. Le mot *condictio* se rapporte à l'objet de la prestation; la locution *actio ex stipulatu*, à la source d'où l'obligation est dérivée. Dans la plupart des cas, l'emploi du terme est motivé par le mot auquel on l'oppose. Cependant il est tout naturel que la locution *actio ex stipulatu* ait été de préférence appliquée aux *condictiones incerti*, par la raison que, dans ces actions, il était indispensable d'indiquer la source de l'obligation [9], tandis que dans les *condictiones certi*, le demandeur n'avait point besoin d'indiquer la cause de sa créance [10].

Une autre opinion généralement reçue est celle qui considère toutes les obligations nées de la stipulation comme étant des *obligationes stricti iuris*. Nous croyons inutile de reproduire ici les motifs qui nous déterminent à être d'un avis contraire. Les considérations que nous avons fait valoir en d'autres endroits [11] prouvent que la *condictio certi* est une *actio stricti iuris* [12], mais qu'il n'en est pas de même des *condictiones incerti*, et que par conséquent la stipulation peut, selon la nature de l'objet de la prestation, engendrer une obligation de droit strict ou de bonne foi [13].

En ce qui concerne la nature et l'effet des *condictiones certi* et *incerti*, nous pouvons nous en rapporter à ce qui a été dit et sera encore dit ailleurs à ce sujet [14]. Il sera cependant utile de présenter quelques observations sur les règles à suivre dans les obligations verbales à propos de

de receptis 4, 8. — *Fr. 42, *pro socio* 17, 2. — * Fr. 28, D., *emti* 19, 1. — * Fr. 38, § 7, D., *de usuris* 22, 1. — * Fr. 29, § 1, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. — * Fr. 45, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — * Fr. 11, D., *de dote prælegata* 33, 4. — Fr. 1, pr. * Fr. 51. 70. 79. * 83, § 6. Fr. 105. * 122, § 1. * Fr. 132, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 11, D., *de stipul. servorum* 45, 3. — Fr. 57, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 7. * 14, C., *de pactis* 2, 3. — L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. — L. un. pr. § 2, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. — * L. 1, C., *soluto matrimonio* 5, 18. — Dans les passages marqués d'un astérisque, le terme *actio ex stipulatu* est appliqué à des hypothèses où il s'agit de *pecunia certa* ou tout au moins de *res certa*.

[8] *Voy.* ci-après, note 10 et t. III, § 414, n° 3 et § 423.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 243, notes 12 et suivantes.

[10] Pour employer la procédure créée par les lois *Calpurnia* et *Silia*, il suffisait d'affirmer dans l'*intentio* : Nm Nm MILLE (ou bien HOMINEM STICHUM) DARE OPORTERE. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 44, n° 3. Le demandeur pouvait cependant, s'il le jugeait utile, indiquer la cause de son droit. GAIUS, IV, 55. « Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse. . . . , veluti si... quis *ex testamento dari* sibi oportere intenderit, cui *ex stipulatu* debebatur... » — QUINTILIEN, *Inst. orat.*, IV, 2. « Satis est dixisse : certam pecuniam creditam peto *ex stipulatione;* legatum *ex testamento.*

[11] *Voy.* ci-dessus, § 195, ainsi que t. I, § 51, notes 12-14, et particulièrement l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[12] Encore importe-t-il de faire observer que si la *condictio certæ pecuniæ* a conservé, même dans le droit nouveau, son caractère d'*actio stricti iuris*, il n'en est pas tout à fait de même de la *condictio* qui a pour objet une *res certa*. L'évaluation à laquelle le juge devait se livrer, dans cette hypothèse, pour déterminer le *quantum* de la *condemnatio* autorisait et imposait même des appréciations analogues à celles qui se faisaient dans les iudicia *bonæ fidei*. Cf. ci-dessus, t. I, § 51, note 12 et ci-après, §§ 276. 277.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 195.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 195; ci-après, §§ 276-277 et l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

la garantie du chef d'éviction et de la responsabilité de la faute et du cas fortuit. — Quant à ce dernier point, il y a lieu d'appliquer d'abord la règle générale d'après laquelle *casus a nullo præstantur;* d'où la conséquence que la prestation est aux risques et périls du créancier, *res periculo creditoris est* [15]. Quant à la responsabilité des fautes qui incombe au débiteur, nous avons cherché à établir ailleurs qu'elle doit être jugée d'après la nature du rapport qui a servi de cause à la stipulation [16]. En conséquence, si le débiteur ne retire aucun avantage de ce rapport, comme le donateur, il ne sera responsable que de son dol et de sa faute lourde [17]; tandis que, dans l'hypothèse contraire, il sera tenu de toute faute [18], *faciendo* ou *non faciendo* [19], sauf le tempérament de la *diligentia qualem suis rebus* dans les espèces qui le comportent [20]. — La garantie d'éviction varie suivant la cause de la stipulation et la nature de l'obligation qu'elle a pour but de créer. Quand la stipulation est faite *donandi animo*, aucune garantie n'est due [21]. En dehors de ce cas, il faut voir si l'obligation consiste à *dare* ou à *facere*. Dans la première hypothèse, il y a lieu d'agir comme dans le contrat d'échange, c'est-à-dire que la remise d'une chose sans transfert de propriété laisse subsister l'action du contrat, comme si aucune prestation n'avait eu lieu et que, pour exercer son

[15] § 2, *verbis* Item contra I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19.– Fr. 33. 37. 83, § 5, *verbis* Nam et cum. Fr. 96. Fr. 136, § 1, D., *h. t.* – Fr. 107, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. ci-dessus, § 177, notes 1. 2. 3.

[16] *Voy.* ci dessus, § 173, Observation 2, nº 2. Cf. ci-après, § 277.

[17] Fr. 18, § 3, D., *de donationibus* 39, 5 et ci-après, § 255, note 6.

[18] Fr. 37. 51. 91, pr. § 3 sqq. D., *h. t.* – Fr. 28, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 107, D., *de solutionibus* 46, 3.—Cf. ci-après, § 277, notes 33 sqq. et ci-dessus, § 173, notes 35-45.

[19] Le contraire paraît résulter du Fr. 91, pr. D., *h. t.*, au moins pour les *stipulationes dandi.* Dans ce passage, Paul donne la décision suivante : « Si, ayant promis de donner l'esclave Stichus, je l'ai tué, j'en suis tenu sans aucun doute. Mais si j'ai négligé de le soigner malade et qu'il vienne à mourir de cette maladie, il n'en est pas de même par la raison que, étant tenu *ad dandum* et non *ad faciendum*, je ne suis pas responsable d'une *culpa non faciendo.* » Nous avons cherché à montrer ci-dessus, § 174, III, que l'argument de Paul repose sur une équivoque, pour ne pas dire sur un mauvais jeu de mots. Mais, *quid* de la décision? Nous estimons qu'au temps de Paul elle était correcte pour l'espèce; mais que, même à cette époque, elle n'avait aucune valeur absolue. Si, dans l'espèce donnée, le débiteur n'est pas responsable, c'est qu'il n'est point en faute : il n'était, en effet, tenu que de donner Stichus, et à rien de plus; particulièrement, il n'était point tenu de faire, en dehors de cette *datio,* aucun sacrifice pécuniaire pour détourner du créancier les conséquences préjudiciables qui pouvaient résulter pour lui d'un accident auquel les parties n'avaient point pensé au moment où elles contractaient. Mais supposons que vous ayez promis de me donner Stichus dans quinze jours. Le contrat conclu, vous ne vous occupez plus de Stichus; vous vous abstenez de le nourrir, et quand, au jour convenu, je me présente pour le recevoir, nous le trouvons mort de faim. Certes, vous pouvez dire, comme dans le cas de Paul, que nous n'étiez tenu qu'à *dare* et qu'on ne peut vous reprocher qu'une culpa *non faciendo;* et pourtant vous ne serez pas plus libéré de votre obligation que n'échapperait à l'*actio legis Aquiliæ* celui *qui alienum hominem incluserit et fame necaverit. Voy.* ci-après, § 271, note 12 et Cf. ci-dessus § 173, note 41.

[20] Si, par exemple, le mari avait promis par *stipulatio* la restitution d'un objet dotal, il y a certes lieu de le faire jouir du tempérament. Cf. ci-après, t. III, § 313, note 3.

[21] Nous reviendrons sur cette question controversée, ci-après, § 255, notes 7-15.

recours, le créancier n'a pas besoin d'attendre que l'éviction ait été réalisée [22]. Dans les stipulations qui ont pour but un *facere*, l'obligation de garantie est déterminée par la nature particulière de la prestation [23].

Si la stipulation a été dès l'origine le principal mode de donner force civilement obligatoire à une promesse d'argent, elle est devenue, par suite des développements ultérieurs, le moyen général de donner le caractère d'obligation civile [24] à toute convention unilatérale quelconque [25]. On s'en servait, non-seulement pour créer des obligations [26], mais aussi pour corroborer directement ou indirectement des obligations déjà existantes et surtout pour en opérer la novation [27]. Nous avons pu antérieurement

[22] Fr. 167, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Non videntur *data*, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt. » — Fr. 47, § 1, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 25, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 75, § 10, D., *h. t.* — Fr. 33, pr. Fr. 38, § 5, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. Fr. 72, § 5. 6, D., *eodem.* — L. 1. C., *de iure dotium* 5, 12 et ci-après, t. III, § 310, note 29.

[23] Ainsi la stipulation qui a pour objet *rem tradi, vacuam possessionem tradi*, sera jugée par analogie du contrat de vente. Fr. 28. 52, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 3, § 1, D., *emti* 19, 1 et Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1, ci-après, note 51.

[24] Paul, II, 22, 2. « Omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit » — Le même, V, 7, 1. — Fr. 7, § 12, D., *de pactis* 2, 14. « Quod vero novissima parte pactorum ita solet inseri, rogavit Titius, spoponDit Mevius : hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio : nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non *animo stipulantium* hoc factum est, sed tantum *paciscentium.* » — L. 27, C., *eodem* 2, 3.

[25] Rien ne s'opposait à ce que la forme de la stipulation fût également appliquée à des rapports synallagmatiques, soit dans l'intérêt d'une seule des parties, soit dans l'intérêt des deux parties. Dans ce dernier cas, il fallait naturellement faire deux stipulations. Nous en trouvons des exemples dès les temps les plus reculés dans les paris, opérations fort fréquentes à Rome et que les parties faisaient au moyen de deux stipulations mutuelles (ci-dessus, § 266, note 8). Dans cette application, le procédé n'offrait aucune difficulté, par la raison que les prestations étaient identiques de chaque côté et que l'opération, malgré sa nature synallagmatique, ne devait donner lieu qu'à une seule obligation, incombant au perdant. Mais dans les autres rapports synallagmatiques de la vie ordinaire, qui font naître deux obligations dont l'une est déterminée par l'autre, le procédé avait pour effet de dénaturer le lien synallagmatique et de le transformer en deux obligations unilatérales, indépendantes l'une de l'autre. Aussi était-il peu usité. Nous ne connaissons qu'un seul passage de nos sources où il en soit question, comme d'une opération possible, à propos d'un contrat de société. Fr. 71, pr. D., *de socio* 17, 2. « ..... Respondit.... si novationis causa id fecissent, *pro socio* agi non posse, sed tota res in stipulationem translata videretur..... » Par contre, des stipulations, ayant pour objet des prestations incombant à une seule partie, étaient fréquentes. *Voy.* la note 27.

[26] Ce serait un travail aussi fastidieux qu'inutile que de recueillir les diverses applications de stipulations créatrices que nous trouvons dans nos sources, *quarum totidem genera sunt, quot* (*pœne dixerim*) *rerum contrahendarum*, comme dit le Fr. 5, pr. D., *h. t.*

[27] Les stipulations qui ont pour but de corroborer une obligation déjà existante peuvent se rapporter, soit à la prestation entière qui fait l'objet de l'obligation, soit à une partie seulement de cette prestation. Dans ce dernier cas, la stipulation laisse naturellement subsister l'obligation originaire, de sorte que le créancier aura deux actions ; cependant il ne peut user de celle du contrat originaire qu'en renonçant à l'obligation verbale, comme, d'autre part, en poursuivant cette dernière, il diminue naturellement l'étendue de l'obligation originaire. Quand la stipulation a pour objet la prestation entière, il faut rechercher l'intention des parties pour savoir si les deux obligations subsistent l'une à côté de l'autre, comme nous venons de le voir, ou s'il y a novation,

constater l'emploi fréquent des stipulations, comme moyens de garantie, dans les actes de procédure [28]; nous avons eu également à mentionner cette forme de contrat comme une des sources les plus importantes des obligations solidaires ou corréales; enfin l'occasion d'en montrer d'autres applications se présentera encore fréquemment dans le cours de l'ouvrage. Ici nous nous bornerons à dire quelques mots sur la forme sous laquelle se contractait l'obligation verbale corréale et sur l'emploi des stipulations comme conventions accessoires.

A) L'obligation corréale suppose plusieurs personnes, figurant — soit comme créanciers, soit comme débiteurs — dans le même rapport obligatoire [29]. A l'effet de former un lien civil de cette nature au moyen de la stipulation, il est nécessaire que d'abord toutes les demandes ou interrogations soient faites successivement ou ensemble [30] d'une part, pour recevoir ensuite, d'autre part, la promesse commune ou toutes les

c'est-à-dire que l'obligation originaire est éteinte et remplacée par l'obligation verbale. *Voy.* ci-après, § 293. — Nous trouvons des stipulations ayant pour but de corroborer une obligation existante, dans diverses matières. Dans la vente, stipulations ayant pour objet d'une part le payement du prix (Fr. 14, D., *de exceptionibus* 44, 1); d'autre part, la tradition de la chose vendue (ci-dessus, note 23), ou même *quidquid ex venditione dare facere oportet*, comme au Fr. 27, D., *de novationibus* 46, 2. Dans le louage, *quidquid te dare facere oportet oportebitve*, au Fr. 89, D., *h. t.* Cf. Fr. 58, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. Dans la société, le Fr. 71, pr. D., *pro socio* (ci-dessus, note 25 *in fine*) parle d'une stipulation mutuelle ayant pour effet d'opérer novation; et un acte de société, conservé par une *tabula cerata* (t. I, p. 12) contient une stipulation en faveur de l'un des associés. Bruns, *fontes iuris*, p. 140 sqq. Dans le *mutuum*, la stipulation qui précède ou accompagne la numération absorbe cette dernière de manière qu'il y ait uniquement obligation verbale, tandis qu'on admet la coexistence des deux obligations, quand la stipulation se fait après la numération effectuée. Fr. 126, § 2, D., *h. t.* « .... Nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eamdem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane, si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.... » — Fr. 6, § 1. Fr. 7, D., *de novat.* 46, 2. — *Voy.* aussi Gaius, IV, 116. — § 2, I., *de except.* 4, 13. — Fr. 9, § 3. 4. 5. 7. D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 3, D., *de rescind. venditione* 18, 5. — Fr. 2, § 3, *verbis* Proinde et D., *de doli mali except.* 44, 4. — Fr. 52, pr. § 3, D., *de oblig. et actionibus* 44, 7. — L. 2, C., *si certum petatur* 4, 2. Pour les stipulations en matière de dot, *voy.* ci-après, t. III, §§ 310. 312.

[28] Nous renvoyons, à cet égard, au titre *des Actions*, t. I, §§ 42-75, et spécialement au § 70, qui traite des cautions usitées dans la procédure romaine, en nous bornant ici à l'observation terminologique que, dans le cas où il y a lieu d'ordonner des cautions réciproques, les mots *restipulari, restipulatio* servent de préférence à désigner la caution fournie en second lieu. Gaius, IV, 13. « ... propter *sponsionem*, qua periclitatur reus si temere negat, et propter *restipulationem* qua periclitatur actor si non debitum petatur. » Le même, IV, 165. 168. 180 sq. Par contre, le mot *repromittere* est tout simplement synonyme de *promittere*, sans impliquer aucune idée de réciprocité; il est même, dans ce sens, opposé à *restipulari*. Fr. 43, § 1, D., *de damno infecto* 39. 2. Il est vrai que *restipulari* se trouve employé au moins une fois dans une hypothèse où il n'y a pas eu stipulation précédente. Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20.

[29] Cf. ci-dessus, § 186, où nous avons exposé la nature, les conditions et les effets des obligations corréales ou solidaires.

[30] Pr. I., *de duobus reis stipulandi et promittendi* 3, 16. « ... Duobus *separatim* stipulantibus... » — Fr. 3, pr. D., *de duobus reis constituendis* 45, 2. « ... Parvi refert, *simul* spondeant an *separatim* promittant... » — Fr. 7, § 1, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. — Cf. Fr. 6, § 3. Fr. 12, D., *de duobus reis*, et ci-après, notes 31. 34.

diverses promesses que les demandes avaient pour but de provoquer [31]. Car si les interrogations étaient faites séparément, chacune étant immédiatement suivie d'une réponse, il se formerait non pas une obligation corréale, mais autant d'obligations ordinaires distinctes qu'il y a eu de demandes, suivies de réponses [32]. Ainsi, quand il y a plusieurs futurs créanciers, *correi stipulandi*, chacun d'eux demandera au futur débiteur s'il entend s'engager et celui-ci répondra à tous : DARE SPONDEO ou bien UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO [33]. De même quand il y a plusieurs débiteurs, le créancier commun fera à chacun d'eux la demande telle que les circonstances l'exigent, et à toutes ces demandes les *correi promittendi* répondront ensemble ou successivement par les paroles usitées : DARE SPONDEO; DARE SPONDEMUS [34] — De cette façon, bien que plusieurs aient interrogé ou plusieurs répondu, l'opération ne constitue qu'un seul acte complet, imposant une seule prestation, bien que plusieurs puissent avoir le droit de recevoir cette prestation tout entière ou être obligés de l'exécuter dans son entier. — Telles sont, en cette matière, les règles tracées par nos sources, mais qui fléchissent devant une intention contraire évidente; car c'est toujours la volonté commune des parties qui fait loi entre elles [35].

B) On pouvait obtenir un résultat analogue, mais sous une forme différente, en employant la stipulation comme convention accessoire : *adstipulatio, adpromissio.*

Nous avons déjà parlé des *adstipulatores*. Il pouvait être utile au stipulant que l'action résultant de la stipulation ne fût pas bornée à sa personne; qu'un autre que lui en fût investi, pût l'exercer, recevoir ou exiger le payement pour son compte. Les cas de voyage, d'absence, d'inaptitude aux affaires ou le désir de ne pas s'en charger personnellement, motivaient suffisamment cette utilité. Or, la rigueur du principe primitif s'opposait à ce qu'on pût y satisfaire à l'aide d'une procuration : on ne pou-

[31] Pr. I., *de duobus reis stipulandi et promittendi* 3, 16.

[32] Car chaque interrogation suivie d'une réponse forme un acte complet, impliquant une *verborum obligatio*. Pr. I., *cité*. « Nam si prius Titio spoponderit (promissor), deinde alio interrogante, spondeat : alia atque alia erit obligatio... » — Cf. Fr. 6, § 3. Fr. 11, § 2. Fr. 12, D., *de duobus reis* 45, 2.

[33] Pr. I., *cité*, et THÉOPHILE, *ad h. l.* « Si Primus et Secundus alicui mutuaverint centum aureos et uterque eorum sibi illum in solidum voluerit obligatum habere, separatim uterque eorum stipulabitur; post omnium autem stipulationem promissor dicet : SPONDEO. Veluti Primus stipulatus est a me : CENTUM MIHI AUREOS DARE SPONDES, similiter et Secundus; deinde ad utrumque respondi, dicens : UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO... »

[34] Pr. I., *cité*. « Duo pluresve rei promittendi ita fiunt : MÆVI, V AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM V AUREOS DARE SPONDES? si respondent singuli separatim : SPONDEO. » — Fr. 4, D., *de duobus reis* 45, 2. « Duo rei promittendi, sive ita interrogati, SPONDETIS? respondeant SPONDEO aut SPONDEMUS; sive ita interrogati, SPONDES? respondissent SPONDEMUS : recte obligantur. »

[35] Fr. 3, pr. Fr. 4. 6, § 3. Fr. 11, § 1. 2. Fr. 12, pr. D., *de duobus reis* 45. 2.

vait plaider par procureur. Le stipulant évitait les inconvénients qui en résultaient en employant concurremment avec lui une autre personne, qui, procédant en qualité de son adjoint, stipulât du même débiteur le même objet par un second contrat verbal accessoire au premier [36]. A côté de cet avantage, l'*adstipulatio* présentait cependant aussi quelque danger; car en rendant le tiers, entièrement et sans révocation, maître de la créance pour le compte du créancier principal, elle mettait ce dernier à la merci de son mandataire. Aussi, lorsque plus tard la faculté d'agir par procureur fut admise, avec une extension et une facilité toujours croissantes, ce moyen plus simple et plus sûr dut faire tomber l'emploi de l'adstipulation. Cependant on avait déduit de cet emploi une utilité qui se conserva plus longtemps. Comme nul ne pouvait stipuler valablement pour un temps postérieur à sa propre mort, *post mortem suam*, on imagina de s'adjoindre, en pareil cas, un adstipulateur, afin qu'il pût agir après la mort du stipulant principal, et tenir compte aux héritiers de ce dernier, par l'action *mandati*, de tout ce qu'il aurait obtenu. Ici l'adstipulation a pour but de donner, au moyen d'un détour, force et effet à une stipulation qui, sans cela, resterait inutile. Nous voyons par Gaius que, de son temps, on n'employait plus l'adstipulation qu'à cet usage [37]. Cette dernière utilité disparaît elle-même du moment que Justinien valide les stipulations *post mortem suam* [38], et avec elle, non-seulement l'emploi, mais encore le nom des adstipulateurs, qui ne se retrouve plus dans les textes de Justinien et dont la notion exacte ne nous a été révélée que par le manuscrit de Gaius [39].

[36] Gaius, III, 110. « Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. « L'adstipulation était essentiellement *accessoire* à la stipulation principale : elle ne pouvait être ajoutée à un autre contrat que la stipulation ; l'*adstipulator* ne pouvait stipuler ni autre chose que ce qu'avait stipulé le stipulant principal, ni plus. Remarquons encore que le droit résultant de la *verborum obligatio* pour l'*adstipulator* était inhérent à sa personne, ne passait point à ses héritiers, et ne pouvait être transféré par lui à un autre. Gaius, III, 111-114. 126.

[37] Gaius, III, 117. « Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur ; quod stipulando nihil agimus. Adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat : qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati iudicio heredi... tenetur. » C'est rétrécir singulièrement l'institution, c'est prendre un point accessoire et postérieur pour le caractère principal et originaire, que de s'attacher, comme on le fait communément, à l'unique utilité qui reste plus tard à l'adstipulateur, pour les stipulations *post mortem suam*. Lorsque Cicéron, dans sa harangue contre Pison, chapitre 9, arrive à ces paroles : « At quærebat..... qui isto non modo *propugnatore* tutiorem se, sed *advocato* aut adstipulatore paratiorem fore putaret » on voit que l'*adstipulator* est mis sur la même ligne que le défenseur, *propugnator*, plus spécialement encore que le patron qui nous assiste en justice, *advocatus*, et qu'il s'agit d'une utilité, d'une protection à en retirer de son vivant, pour ne pas s'abandonner à ses propres ressources.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 245, notes 20-23.

[39] Ce qui précède, sur les *adstipulateurs*, est presque littéralement tiré de l'ouvrage de M. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. III, nos 1378-1383, de la septième édition.

De même qu'un tiers peut être adjoint au créancier principal pour stipuler la même chose accessoirement à lui et pour lui, de même peut-il être adjoint au promettant pour promettre la même chose accessoirement à lui et pour lui. Il portait, dans ce cas, le nom d'*adpromissor*, et n'était en réalité que la caution du promettant principal [40]. Sous ce rapport, l'utilité de l'institution était plus grande, et surtout plus générale que celle des *adstipulatores*. Aussi la trouvons-nous développée à ce point de vue pratique sous deux formes différentes, la *sponsio* proprement dite et la *fidepromissio*, lesquelles, à leur tour, disparurent par la suite devant une forme plus libre et d'une application universelle, la *fideiussio*, dont nous aurons à traiter en détail ci-après, § 261.

C) Un autre emploi important de la stipulation, comme contrat accessoire, est la stipulation d'une peine conventionnelle, qui sera payée par l'une des parties, au cas que le contraire d'une promesse faite par elle arrive, *stipulatio pœnæ*. L'utilité de cette stipulation était double. Elle donnait d'abord indirectement de l'efficacité à des engagements qui ne faisaient naître qu'une obligation naturelle; ensuite elle servait à déterminer d'avance le montant des dommages et intérêts dans les *obligationes incertæ*, et donnait ainsi au créancier la faculté de poursuivre par une action de droit strict le payement d'une somme d'argent, au lieu d'être forcé de provoquer l'estimation, toujours difficile et souvent impossible, du dommage que l'inexécution de l'obligation lui aurait causé. Des raisons de méthode nous obligent de renvoyer les détails de cette matière au chapitre où nous traiterons des conventions accessoires [41].

Nos sources nous donnent plusieurs divisions des stipulations, qui n'ont guère d'importance réelle, et que, par ce motif, nous nous bornons à mentionner pour mémoire [42].

Observation. Dans ce qui précède, nous avons dit que l'action résultant de la stipulation avait le caractère *stricti iuris* ou *bonæ fidei*, selon que

[40] Festus, v. *Adpromissor*.—Gaius, III, 116 sqq. Cf. Fr. 64, § 4, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 5, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 45, D., *de solutionibus* 46, 3.

[41] *Voy.* ci-après, § 258.

[42] Le Fr. 5, D., *de verb. obl.* 45, 1 et le tit. I., *de div. stipulat.* 3. 18), donnent une classification qui peut se réduire à deux grandes catégories : *A*) Stipulationes conventionales, quæ ex conventione (utriusque partis) concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt quot, pæne dixerim, rerum contrahendarum. *B*) La seconde catégorie comprendrait dès lors les stipulations imposées par l'autorité judiciaire et que l'on pourrait appeler necessariæ. Cf. Fr. 7, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. Cette catégorie se subdivise en : 1° *stipulationes prætoriæ* (et *ædiliciæ*) quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur, veluti *damni infecti;* 2° *iudiciales*, quæ a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti *de dolo cautio;* 3° *communes*, veluti *rem salvam fore pupilli :* nam et Prætor iubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum iudex, si aliter expediri hæc res non potest ; vel *de rato* stipulatio. Item *duplæ* stipulatio venit ab iudice, aut ab Ædilis edicto. Les *stipulationes prætoriæ* sont, à leur tour, subdivisées en *iudiciales, cautionales* et *communes*. Fr. 1, pr. § 1-4, D., *de stipulationibus prætoriis* 46. 5. *Voy.* t. I, § 70, notes 21 et suivantes.

l'objet de la demande était un *certum* ou un *incertum*. Cette thèse est une conséquence rigoureuse de notre système, dans lequel les *condictiones certi* sont les seuls *iudicia stricti iuris* du droit nouveau [43]. L'opinion vulgaire qui attribue ce caractère à TOUTE action née de stipulation se fonde en premier lieu sur ce que l'*actio ex stipulatu* est parfois jugée d'après le droit strict [44]. Cette circonstance n'a évidemment de valeur que pour ceux qui croient que *actio ex stipulatu* est le terme technique et exclusif pour désigner l'action résultant d'une *stipulatio incerti*. Or, nous avons suffisamment réfuté cette manière de voir dans l'exposé qui précède [45]. En second lieu, on fait valoir que toutes les *condictiones* sont *stricti iuris*. Ce que nous avons dit sur cette question, en traitant des *condictiones*, nous dispense ici de toute discussion [46]. Enfin l'on invoque le témoignage de Justinien qui, en parlant de l'*actio ex stipulatu* en restitution de la dot, dit expressément (*hanc actionem*) *stricto iure esse vallatam, neque ex bona fide descendere* [47]. Nous pourrions contester l'autorité de l'empereur autocrate qui, dans plus d'un endroit, traite assez arbitrairement la terminologie de l'ancienne jurisprudence [48]; mais nous n'avons pas besoin de ce moyen extrême pour paralyser l'argumentation fondée sur ce texte. Justinien, en effet, n'y parle que de l'*actio ex stipulatu* en restitution de la dot. Or, la restitution dotale ne pouvait guère avoir pour objet que *pecunia* (*quantitas*) ou *res certa*, c'est-à-dire, une prestation donnant lieu à une *actio stricti iuris* [49]. — D'après cela, notre thèse serait donc parfaitement soutenable, alors même que nous manquerions de preuves spéciales et positives. Mais, loin de là, nous pouvons invoquer en notre faveur les textes les plus authentiques et les plus décisifs. Ainsi déjà la loi sur l'organisation judiciaire de la Cisalpine contient deux formules d'actions *de bonne foi*, ayant pour objet un *incertum* promis par la *stipulatio damni infecti* [50], et il suffit de lire les diverses décisions de nos sources

[43] *Voy.* ci-dessus, § 195, et t. I, § 51, II.

[44] Notamment dans les Fr. 5, § 4. Fr. 6, D., *de in litem iurando* 12, 3.

[45] *Voy.* ci-dessus, notes 5 et suivantes.

[46] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée ci-dessus, au § 195.

[47] L. un. § 2, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13.

[48] *Voy.* ci-dessus, § 194, note 19; § 195, note 28. Il importe, d'ailleurs, de se rappeler que la base originaire de la division en *actiones stricti iuris* et *actiones bonæ fidei* était oubliée du temps de Justinien, et que cet empereur, en attribuant à une action l'une ou l'autre de ces deux qualités, se laisse guider moins par la nature de l'action que par les effets qu'il lui attribue. *Voy.* t. I, § 51, note 28.

[49] Parmi les textes qui traitent de la restitution stipulée, il n'y en a que trois dans lesquels l'objet de la restitution se trouve indiqué, et dans ces trois espèces il s'agit de *pecunia, quantitas, res certa* : Fr. 45, D., *soluto matrimonio* 24, 3. « .... certam pecuniæ quantitatem. » — Fr. 29, § 1, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. « .... ea quantitas quam ex stipulatu consequi potuerat ». — L. 2, C., *de iure dotium* 5, 12. « ... partem dimidiam dotis. »

[50] LEX DE GALLIA CISALPINA, c. 20 « Quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oportuit EX FIDE BONA... »

pour se convaincre que toutes les actions résultant de stipulations prétoriennes sont jugées *ex fide bona* [51]. Des décisions incompatibles avec la nature des *stricti iuris actiones* se rencontrent également par rapport à des stipulations conventionnelles [52], et une constitution de Gordien dit formellement qu'une *stipulatio incerti* doit être jugée d'après l'*arbitrium boni viri* [53].

[51] Fr. 1, pr. § 5. 7. Fr. 5, pr. D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. – Fr. 28. 29 in f. Fr. 39 in f. Fr. 40, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. Cf. Fr. 13, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2.– Fr. 11. 12. 16-19, D., *iudicatum solvi* 46, 7. – Fr. 19. 22, § 7, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[52] Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 1, § 4, D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5. – Fr. 59. 60, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-dessus, § 195, note 29 et *passim*. – Fr. 89. 122, § 1, D., *eodem*. – Fr. 73, D., *de verborum significatione* 50, 16. « Hæc verba in stipulatione posita : *eam rem* RECTE *restitui*, fructus continent. RECTE enim verbum pro viri boni arbitrio est. » Il est vrai que dans le Fr. 3, § 1, D., *emti* 19. 1, POMPONIUS refuse les fruits dans l'action intentée en vertu de la stipulation : VACUAM POSSESSIONEM TRADI et donne pour raison l'analogie de la clause : FUNDUM DARI ; d'où l'on veut conclure que, dans l'espèce, l'*actio ex stipulatu*, tout en étant incontestablement *incerti*, constitue un *strictum iudicium*. Mais, d'une part, cette conclusion est au moins hasardée ; car s'il est vrai que le *strictum iudicium* ne comporte pas de condamnation aux fruits, il n'est pas exact de dire que toute action de bonne foi doive nécessairement entraîner pareille condamnation : ensuite il est plus que probable (comme l'indique Papinien dans le texte dont nous parlerons tantôt) que Pomponius s'est laissé guider, dans son raisonnement, par des considérations appartenant à un ordre d'idées tout différent et puisées dans l'intention présumée des parties. D'autre part, la solution du Fr. 3, § 1, D., *citée*, est expressément réprouvée dans le Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1. Dans ce fragment, en effet, PAPINIEN, tout en exposant l'opinion de Pomponius, la réfute et la condamne de la manière la plus formelle en ces termes : « Si stipulatus sis : *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te, ratio suadet. An idem de partu ancillæ responderi possit, considerandum est. Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi, sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur. Verum si emtor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam iudicio emti præstare compelleretur. Sed tamen propter illa verba, *vacuamque possessionem tradi*, potest dici, partus quoque ratione committi incerti stipulatione : etenim, ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. » — Parmi les jurisconsultes modernes qui maintiennent le caractère *stricti iuris* à toutes les *condictiones* et à toutes les *actiones ex stipulatu*, quelques-uns cherchent à écarter les arguments que nous fournissent les textes cités dans les notes 49. 50. 51, en prétendant qu'il dépendait du préteur ou des parties de donner arbitrairement à tout *negotium* le caractère de *droit strict* (en le revêtant de la forme de la *stipulatio*) ou de bonne foi (en insérant dans la formule ou dans la convention les mots *ex fide bona* ou autres analogues, en ajoutant une *clausula doli*, etc.). *Voy.*, entre autres, DE SAVIGNY, t. V, appendice XIII, nos 16-19. Il serait difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir que les parties aient eu ce pouvoir arbitraire dans l'étendue qu'on veut lui trouver ; mais si la proposition était réellement fondée, elle détruirait virtuellement tout le système de nos adversaires.

[53] GORDIEN, L. 3, C., *de dotis promissione* 5, 11. « Si cum ea, quæ tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi *non addita quantitate*, SED QUODCUMQUE ARBITRATUS FUISSET, pro ea daturum se rite promisit et interpositæ stipulationis fidem non exhibet : competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies. VIDETUR ENIM BONI VIRI ARBITRIUM STIPULATIONE INSERTUM ESSE (241).

De l'obligation littérale : Litteris contrahitur obligatio †.

§ 247. *De l'ancienne* litterarum obligatio.

Comme il y avait chez les Romains un mode formel de s'obliger par la parole, VERBIS, de même on pouvait contracter une obligation civile par l'écriture, LITTERIS. Ce fait nous était connu depuis longtemps; mais nous n'avions pas de renseignements suffisants sur la manière dont cette obligation se formait. Justinien se borne, dans ses Institutes, à nous apprendre qu'il se contractait jadis par l'écriture une obligation qu'on disait formée *nominibus*, lesquels *nomina*, ajoute-t-il, ne sont plus en usage aujourd'hui [1]. Les explications historiques fournies par Théophile dans sa paraphrase [2], combinées avec les indications que nous trouvons dans quelques auteurs anciens [3], auraient pu donner une idée assez exacte de la chose; mais on hésitait à ajouter pleine foi aux paroles de Théophile, jusqu'à ce que la découverte des commentaires de Gaius vînt confirmer, rectifier et compléter les renseignements connus [4]. Voici la substance des données que nous possédons aujourd'hui [5].

Chez les anciens Romains, tout père de famille soigneux tenait des registres domestiques [6] qui correspondaient plus ou moins à nos livres de commerce. L'un de ces livres, appelé *adversaria*, lui servait de journal ou plutôt de brouillon ; il y notait toutes ses opérations d'argent dans l'ordre où elles se présentaient. Dans l'autre, *codex* ou *tabulæ accepti et expensi*, il arrangeait avec ordre, régulièrement tous les mois, les mentions renfermées

† GAIUS, III, 128-134. — Tit. I., *de litterarum obligatione* 3, 21, et THÉOPHILE *ad hunc titulum*. — Tit. C., *de non numerata pecunia* 4. 30.

[1] Pr. I., *h. t.* « Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu... »

[2] Les explications de Théophile, quoique peu développées, sont, en général, exactes, sauf un point que nous signalerons ci-après, note 23.

[3] Notamment dans CICÉRON et dans son annotateur ASCONIUS PEDIANUS, qui vécut sous les premiers empereurs. Il ne faut pas perdre de vue que la critique refuse d'admettre, comme étant d'Asconius Pedianus, tous les commentaires qui figurent habituellement sous son nom, et que notamment il y a de bonnes raisons d'attribuer les commentaires sur les discours contre Verrès à une époque beaucoup plus récente.

[4] Déjà l'abrégé de Gaius, dans le Bréviaire d'Alaric, contenait quelques indications ; mais elles ne paraissaient guère plus certaines que celles de Théophile. Ce fut la découverte du manuscrit de Vérone qui leva tous les doutes.

[5] Les détails ont été recueillis avec soin et exposés avec beaucoup d'habileté par M. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes*, t. III, nos 1414-1431.

[6] CIC., *in Verrem*, II, 1, 23, et Ps. ASCONIUS *ad h. l.* (p. 175, 5 Orelli) — CIC., *pro Roscio comœdo*, 3; *pro Cluentio* 30; *pro Cœlio*, 7 ; *de oratore*. II. 23.

dans le brouillon [7]. D'un côté [8], il notait les payements et, en général, toutes les sommes d'argent qu'il recevait, *acceptum ferebat:* de l'autre côté, les payements et prêts d'argent qu'il faisait, *expensum ferebat* [9]. Les notes se faisaient généralement avec la plus grande exactitude, et l'honneur du père de famille aurait été entaché par une tenue irrégulière de son livre de recettes et de dépenses [10].

C'est au moyen de ce *codex accepti et expensi* que se contractait l'ancienne obligation littérale. Ce n'était pourtant pas le simple fait de porter une somme d'argent comme prêtée [11] qui constituait cette obligation : car, en pareil cas, si l'argent avait été réellement prêté, l'obligation, étant *re contracta*, constituait un *mutuum* [12]; que si, au contraire, il n'y avait pas eu de prêt, l'écriture ne créait évidemment aucune obligation [13]. Ce que l'on désigne par le nom de *litterarum obligatio* n'existait que lorsque les parties faisaient un *nomem transcripticium*, c'est-à-dire que, d'un commum accord, elles portaient à la charge du débiteur, comme *expensum*,

[7] Cic., *pro Roscio comœdo*, 3. — Le *codex accepti et expensi*, comme son nom : « livre de recettes et de dépenses » l'indique suffisamment, correspond au *livre de caisse* de nos négociants d'aujourd'hui, et non pas, comme quelques auteurs l'ont cru, au *grand-livre*. Ainsi s'expliquent aisément l'opération de la transcription (ci-après, notes 14 sqq.) et le terme par lequel les Romains désignent une créance ou dette d'argent, *nomen*. Chaque nom d'un individu figurant dans un *livre de caisse* représente, en effet, un *acceptum* ou un *expensum*, tandis que dans un *grand livre*, chaque nom d'individu comprend un certain nombre, un ensemble de *nomina*, c'est-à-dire de créances et de dettes. Mais il est probable que les banquiers, *argentarii*, avaient aussi des registres analogues à notre *grand-livre*, afin de pouvoir à tout instant arrêter le compte, *ratio*, de chacun de leurs clients. Fr. 4, § 1. Fr. 10, § 2, D., *de edendo* 2, 13. — Fr. 47, § 1, D., *de pactis* 2, 14.

[8] Il est vraisemblable que dans le *codex accepti et expensi*, comme dans nos *livres de caisse*, l'une des deux pages était destinée aux *accepta* et l'autre aux *expensa*. Pline, *H. N.*, II, 7 (23). « Huic (Fortunæ) omnia feruntur *accepta* et in tota ratione mortalium sola *utramque paginam* facit. »

[9] Les locutions *expensum ferre*, *acceptum ferre* sont très-fréquentes. Le substantif *expensilatio*, comme synonyme de prêt, qui se rencontre dans Aulu-Gelle, XIV, 2, 7, n'est plus usité dans le droit nouveau ; mais *acceptilatio* est encore employé comme terme technique pour désigner la *quittance* donnée au moyen de la parole, *verbis et per mutuam interrogationem*. *Voy.* ci-après, § 295.

[10] Cic., *pro Cæcina*, 6 ; *in Verrem*, II, 1, 23. Les *adversaria*, servant de brouillon, n'avaient pas la même autorité. Cic., *pro Roscio comœdo*, 2.

[11] Cette opération est désignée par le terme général *nomina facere*, locution qui s'applique au débiteur comme au créancier. Cic., *de officiis*, III, 14. — Fr. 9, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 1, D., *de annuis legatis* 33, 1 et *passim*.

[12] Ces prêts étaient appelés *nomina arcaria*, c'est-à-dire créances venant de la caisse, en opposition aux *nomina transcriptitia*, c'est-à-dire créances qui figurent dans les livres au moyen d'un transfert et sans qu'il y ait de l'argent donné. *Voy.* ci-après, notes 14 et suivantes.

[13] Gaius, III, 131. « Alia causa est eorum nominum, quæ arcaria vocantur : in his enim *rerum*, non *litterarum* obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ iure naturali facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam *facere* obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. 132. Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis iuris gentium est. »

une somme d'argent qui originairement était due à un autre titre. Cette *transcriptio*, comme Gaius nous l'apprend, pouvait se faire, soit *a re in personam*, soit *a persona in personam* [14]. A RE IN PERSONAM, lorsque créancier et débiteur restaient les mêmes, mais qu'une dette née d'une autre cause, par exemple d'un contrat de vente, était portée comme *expensum* [15]; A PERSONA IN PERSONAM, lorsque la somme due par quelqu'un était mise à la charge d'un autre qui dès lors figurait comme débiteur dans les livres aux lieu et place du débiteur originaire [16]. Dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, la personne à la charge de laquelle l'*expensilatio* avait été faite se trouvait obligée par l'écriture, *scriptura* ou *litteris obligata*. Cette obligation avait le même caractère civil que la stipulation : elle existait par cela seul que l'écriture avait été régulièrement faite, et sans que le créancier eût besoin d'en prouver la cause; sauf cependant au débiteur à faire valoir (exactement comme dans la stipulation), les exceptions et autres moyens de droit qui pouvaient lui compéter du chef de l'opération [17]. C'est à cause de ce caractère essentiellement civil que l'obligation littérale au moyen des *transcripticia nomina* ne s'appliquait point dans le principe aux *peregrini*. Les Sabiniens l'admettaient cependant à leur égard, quand la *transcriptio* se faisait *a re in personam* [18], probablement par la

[14] GAIUS, III, 128. « Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo; vel a re in personam, vel a persona in personam. 129. (*A re in personam tran*)scriptio fit, veluti si id, quod ex emtionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. 130. A persona in personam transcriptio fit; veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi. » — GAIUS VISIGOTH. II, 9, 12. « Litteris obligatio fit aut a re in personam, aut a persona in personam. A re in personam, velut si id quod ex emtione, aut conductione, aut societate debes, alii reddas. A persona in personam, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personæ delegem, ut reddere debeat. » — THÉOPHILE, *ad Pr. I., de litterarum obligatione* 3, 21.

[15] GAIUS, III, 129, à la note précédente. L'utilité de ce procédé pour le créancier est évidente. D'une part, en effet, l'objet de sa créance était désormais un *certum* dont il pouvait poursuivre le payement par une *actio stricti iuris;* d'autre part, la novation qui avait eu lieu le mettait à l'abri des exceptions que le débiteur aurait pu soulever dans les actions *venditi, locati, pro socio. Voy.* ci-dessus, § 195, notes 10 sqq., et ci-après, § 294.

[16] GAIUS, III, 129 et le passage de la *lex Romana Visigothorum*, transcrits à la note 14. La *transcriptio a persona in personam* était d'une utilité moins grande que celle *a re in personam* dans les transactions entre particuliers. Elle se faisait probablement, la plupart du temps, dans les livres des banquiers, *argentarii*. Les Romains étaient, en effet, accoutumés à recevoir et à payer par l'intermédiaire des banquiers, auxquels ils confiaient, à titre de dépôt, les fonds dont ils n'avaient pas l'emploi immédiat. La *transcriptio a persona in personam* pouvait servir à faire un payement au banquier, en lui déléguant une créance que nous avions à charge d'un autre que le banquier acceptait comme débiteur à nos lieu et place. Ce mode de transfert se prêtait parfaitement à des opérations usuraires. *Voy.* ci-après, note 19.

[17] VALÈRE-MAXIME, VIII, 2, 2. Cf. CIC., *de off.* III, 14. « (Canius) emit, *nomina facit*, negotium conficit... Nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas... » Cf. ci-dessus, § 202, note 12. – GAIUS, III, 106-109. – Fr. 2, § 3, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. — Mais *voy.* ci-dessus, note 15 *in fine* et ci-après, note 19.

[18] GAIUS, III, 133. « Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quæritur,

raison que cette opération suppose toujours une dette préexistante, et que dès lors un élément naturel vient renforcer la forme civile de la transcription [19].

Ces renseignements nous font assez bien connaître la nature générale de la *litterarum obligatio;* mais pour ce qui est du mécanisme même de l'opération, nous sommes toujours fort peu instruits. Ce qui est certain, c'est que, bien que la présence du débiteur ne fût pas requise [20], la transcription ne pouvait avoir lieu sans son consentement [21], et que la preuve de la transcription faite incombait naturellement au créancier, tout à fait comme, dans l'*actio ex stipulatu*, le demandeur devait prouver que les paroles avaient été prononcées [22]. Le consentement étant donné [23], le créancier opérait probablement la transcription, en portant d'abord comme *acceptum* la dette qui devait être éteinte, et ensuite comme *expen-*

quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio : quod Nervæ placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcriptitium, etiam peregrinos obligari, si vero a persona in personam, non obligari. » — Cf. Tite-Live, XXXV, 7. « Ut in socios..... nomina transcriberent. »

[19] Dans la *transcriptio a persona in personam,* au contraire, il pouvait n'exister qu'une obligation *purement* civile. Car comme la transcription opérait novation, le nouveau débiteur n'avait point le droit d'exciper des vices de la dette originaire, pareille exception étant *ex persona tertii.* Fr. 19, D., *de novat.* 46, 2. « Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus *rel.* » On conçoit que la *transcriptio a persona in personam* était pour les usuriers romains un excellent moyen d'augmenter le chiffre de leurs créances, comme le sont aujourd'hui les effets à ordre. Cf. Plaute, *Truculentus,* I, 5, 51. — Valère-Maxime, VIII, 2, 2. — Tite-Live, XXXV, 7.

[20] Gaius, III, 138. « Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit. »

[21] Cela résulte d'abord de ce que la *litterarum obligatio* naît d'un *contrat;* ensuite nous trouvons dans les anciens que la *transcriptio* supposait l'ordre ou du moins la permission du débiteur. Cic., *pro Roscio comœdo*, 1. « *Jussu* (debitoris) expensum tulisset. » — Valère-Maxime, VIII, 2, 2. « Expensa sibi ferri *passus est.* »

[22] C'est pourquoi l'opération se faisait ordinairement devant témoins. Nous trouvons à cette occasion le terme *pararii* qui paraît avoir désigné ces témoins ou peut-être d'autres personnages intervenant à l'acte dans un but analogue. Sénèque, *de beneficiis* II, 23; III, 15. — Un autre moyen de preuve était offert par la comparaison des livres respectifs. Tant que l'usage de tenir des livres réguliers était scrupuleusement observé, ce moyen de preuve était sans doute suffisant, puisque le débiteur était tenu de porter dans ses livres comme *acceptum* ce qui se trouvait noté comme *expensum* dans les livres du créancier. Cic., *pro Roscio comœdo,* 1. « Nam, quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas. Æque enim tabulæ condemnantur eius qui verum non retulit, et eius qui falsum perscripsit. » — Suivant les circonstances, la production d'un seul livre pouvait fournir une présomption suffisante. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 68, note 2 et Cic., *pro Roscio comœdo* 2. 3; *in Verrem,* II, 1, 38. 39. 49. — Valère-Maxime, VIII, 2, 2. — Aulu-Gelle, XIV, 2. Les livres des *argentarii* étaient même invoqués à titre de preuve vis-à-vis de personnes tierces. *Voy.* t. I, § 68, notes 18. 19.

[23] Théophile, *ad Pr. I., de litt. obl.* 3, 21, parle à cette occasion de *verba solemnia,* ῥήματα τυπικά, que les parties devaient dire et écrire, λέγειν καὶ γράφειν. Le λέγειν est évidemment une erreur ou au moins une rédaction peu exacte. D'une part, en effet, l'écriture ajoutée à des *verba solemnia* aurait constitué une superfétation oiseuse; d'autre part, nous savons que et absenti *expensum ferri potest. Voy.* ci-dessus, note 20.

sum la nouvelle créance formée par l'écriture, comme, de son côté, le débiteur faisait l'opération inverse dans son registre [24].

En dehors de ces *transcripticia nomina,* formés par l'*expensilatio* sur les registres du créancier, les anciens nous parlent d'une *litterarum obligatio* qui se contractait au moyen d'écrits émanés soit du débiteur seul, soit des deux parties, *chirographa* et *syngraphæ* [25]. Ce mode de s'obliger par l'écriture, sur lequel nous n'avons que des renseignements très-incomplets [26], était particulièrement usité parmi les *peregrini* [27].

Du temps de Justinien, les *transcripticia nomina,* ainsi que les syngraphes et chirographes, étaient tombés en désuétude, et avec eux l'ancienne obligation littérale [28]. Mais il s'était formé une institution nouvelle paraissant propre à remplir la lacune qui, par suite de cette disparition, s'était faite dans le système classique des contrats. Cette institution, c'était l'*exceptio non numeratæ pecuniæ.*

[24] Cicéron, *pro Roscio comœdo* 4. 5. — Gaius III, 137. — C'est ainsi que nous expliquons de la manière la plus satisfaisante le terme *transcriptitia nomina,* puisque, en effet, chaque opération exige que le *nomen* soit transcrit d'une page à l'autre. Ceux qui font dériver ce terme de ce que l'on transcrivait les *nomina* du brouillon dans le *codex accepti et expensi,* se trompent évidemment. Car, dans cette supposition, 1° le brouillon, les *adversaria,* serait une condition essentielle de la *litterarum obligatio,* ce qui n'est pas; 2° les *nomina arcaria* devraient aussi être *transcripticia,* puisqu'ils sont également transcrits d'un livre dans l'autre.

[25] Gaius, III, 134. *Chirographum* ou *chirographus,* des deux genres; *syngrapha* ou *syngraphus,* des deux genres au singulier, et au pluriel seulement *syngraphæ.* — Les *syngraphes* sont mentionnées par Cicéron, *de legibus,* III, 8; *in Verrem* II, 1, 36; *pro Murena* 17; *ad diversos,* VII, 17; *ad Atticum,* V, 21. VI, 1. 12. 13. 15. — Il est question des *chirographes* dans Sénèque, *de benef.,* II, 23. — Aulu-Gelle, XIV, 2.

[26] Le texte le plus explicite se trouve chez Ps. Asc., *ad Cic. in Verrem.,* II, 1, 36. (p. 184 Orelli). « Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum, quæ gesta sunt, scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit; et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Græcorum; et ceteræ tabulæ ab una parte servari solent, syngraphæ signatæ utriusque manu utrique parti servandæ traduntur.

[27] Gaius, III, 134. « Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quid debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est. » Dans les *syngraphes* dont parle Cicéro, *de legibus,* III, 8, et *in Verrem,* II, 1, 36, il s'agit d'opérations faites en province, mais pourtant entre citoyens romains. — Rappelons le passage de Tite-Live, cité ci-dessus, note 18 *in fine.*

[28] Voici comment s'exprime, à l'égard du *codex accepti expensi,* Ps. Asc., *ad Verrin.,* II, 1, 23 (p. 175, 5 Orelli). « Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitæ suæ per singulos dies scribere... Sed postquam obsignandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari cœpit, ad nostram memoriam tota hæc consuetudo cessavit. » — Les *syngraphes* ne sont plus mentionnées après Gaius. Quant aux *chirographes,* le terme s'est conservé; mais, dans le droit nouveau, il désigne tout simplement une reconnaissance par écrit, signification qu'il avait, au reste, également à l'époque où il trouvait une application spéciale à la *litterarum obligatio.* La locution *nomina facere* se rencontre fréquemment dans le Digeste, mais sans aucun rapport avec l'ancienne *litterarum obligatio* et uniquement pour désigner l'opération de *prêter* et d'*emprunter,* bien que plus d'un passage renferme encore une réminiscence de l'ancien droit. Fr. 9, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 34, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 1, D., *de annuis legatis* 33, 1. Pour la L. 6, Th. C., *de denuntiatione* 2, 4, *voy.* le § suivant, note 1.

§ 248. *De la* litterarum obligatio *du droit nouveau* †.

De tout temps on avait eu l'habitude de constater les conventions entre parties au moyen d'actes rédigés par écrit. Ces actes, appelés *instrumenta*, *cautiones*, *chirographa*, avaient pour but principal de servir de moyen de preuve [1]. Pourtant on se montrait particulièrement sévère à l'égard de cette preuve quand il s'agissait d'un prêt d'argent, probablement par la raison que souvent celui qui cherche à emprunter donne sa reconnaissance avant que les espèces, qu'il déclare avoir reçues, lui aient été réellement comptées. On admit donc que le défendeur pût contester la réalité du prêt reconnu dans l'écrit, et l'on imposa, dans ce cas, au créancier la preuve de la numération des espèces [2]. Le moyen accordé au défendeur était appelé *exceptio non numeratæ pecuniæ*, bien que le nom d'*exceptio* ne lui convînt pas, et qu'il constituât plutôt ce que nous avons l'habitude d'appeler une *litis contestatio negativa* [3]. On ne se contenta pas de ce moyen de défense : on autorisa même celui qui avait donné une reconnaissance, sans avoir reçu les espèces, à répéter son écrit, comme ayant été donné sans cause, au moyen d'une *condictio sine causa* [4], ou bien à faire une protestation écrite soit entre les mains du détenteur, soit auprès de l'autorité compétente, laquelle protestation est dans une con-

† Tit. I., *de litterarum obligatione* 3, 21. — Tit. C., *de non numerata pecunia* 4, 30.

[1] Ci-dessus, § 257, note 28 et Fr. 41, § 2, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 4, D., *de fide instrum.* 22, 4. « Scripturæ, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit. » — L. 15, C., *eodem*, 4, 21. « In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. » — Cependant, comme un fait *prouvé* est considéré comme un fait *vrai* et qu'il produit les mêmes effets, sauf la preuve contraire, nous concevons aisément qu'on ait parfois confondu la pièce probante avec le fait qu'elle devait servir à constater. C'est ainsi que dans une constitution d'Alexandre Sévère, la *cautio* est appelée *obligatio* (L. 7, C., *h. t.*), et dans une constitution d'Arcadius, il est même question d'une créance transformée en *litterarum obligatio* au moyen d'une *cautio*. L. 6, Th. C., *de denunciatione vel editione rescripti* 2, 4. « Si quis debiti, quod vel ex fenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est... dirigat actionem... » Il suffit, au reste, de lire la constitution entière pour se convaincre que les mots *in litterarum obligationem translatum* y sont employés abusivement, et sans qu'on puisse leur attribuer la signification technique que nous trouvons chez les jurisconsultes classiques.

[2] Il paraît en avoir été ainsi déjà du temps de Sévère et Ant. Caracalla, L. 1, C., *h. t.* « Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque *ideo frustra cautionem emissam adseris*..... » La chose est certaine à partir de Caracalla. L. 3, C., *eodem*. *Voy.* encore L. 5. 7, C., *eodem*.

[3] De sa nature l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* est une *exceptio doli;* mais le droit positif lui a donné un autre caractère, en affranchissant celui qui l'oppose du devoir d'en fournir la preuve. Pour être conséquent, on aurait dû dès lors aussi donner un autre nom à ce moyen, puisque les *exceptiones* proprement dites doivent toujours être prouvées par le défendeur. *Voy.* ci-dessus, tome I, § 67, note 6.

[4] L. 7, C., *h. t.* — L. 4, C., *de condictione ex lege et sine causa* 4, 9. — Cf. L. 4, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6.

stitution de Justinien appelée *querela non numeratæ pecuniæ* [5]. Ces deux derniers moyens cependant devaient être employés, sous peine de déchéance, dans un délai déterminé, qui était originairement de cinq ans, et que Justinien réduisit à deux ans [6]. Après ce délai, la reconnaissance faisait preuve entière contre le signataire, et, d'après une loi de Justinien, celui-ci n'est même plus reçu à prouver la fausseté du fait qu'elle constatait [7].

Dès lors on pouvait dire que, passé ce délai de cinq ou de deux ans, la *cautio* ou le *chirographum* constituait une obligation littérale, puisque le signataire devait être condamné sur la seule production de l'écrit, de même que le *promissor* dans la stipulation est condamné par cela seul qu'il s'est obligé par la parole. C'est ainsi que Justinien comprit la chose, et c'est par ce motif qu'il fit figurer à la place de l'ancienne obligation littérale cette nouvelle institution d'une origine tout à fait différente [8].

La *querela* et l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* sont accordées à quiconque a reconnu par écrit avoir reçu en *mutuum* une somme d'argent ou une quantité de céréales [9], ainsi qu'aux personnes qui ont un intérêt à ce qu'il soit fait usage de ces moyens, telles que les cautions et les créanciers du signataire [10]. L'une et l'autre sont employées non-seulement dans le cas où le signataire prétend n'avoir rien reçu, mais encore quand il soutient avoir reçu moins que ne porte le chirographe [11]. — L'effet de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* est de mettre à la charge du demandeur la preuve de la réalité du prêt, *pecuniam esse numeratam* [12]; la *querela* a pour but de prévenir la déchéance de l'exception [13]. — Les moyens dont nous venons de parler cessent dans les cas suivants : 1° lorsque, postérieurement à l'acte, le signataire a reconnu la numération, ou renoncé à

[5] L. 4. L. 14, pr. § 4, C., *h. t.*

[6] *Codex Hermogen.*, libro I. — L. un. Th. C., *si certum petatur de chirographis* 2, 27. — L. 8. 9. 10. 14, pr. I. C., *h. t.* — § un. I., *de litt. obl.* 3, 1.

[7] *Voy.* ci-après, note 16.

[8] Tit. I., *de litt. obligatione* 3, 21. « ... Sic fit, ut hodie, dum queri non potest, *scriptura obligetur...* » — Théophile, *ad h. l.* — En s'exprimant ainsi, Justinien a raison, mais c'est évidemment à tort qu'il a placé parmi les contrats cette *litterarum obligatio* qui manque de l'élément fondamental de tout contrat, savoir du consentement de la partie obligée.

[9] L'une et l'autre n'ont lieu que dans le cas où l'écrit porte sur un *mutuum;* notamment on n'en peut user lorsque la reconnaissance a une autre cause, par exemple, une transaction ou une *expromissio*, quand même ces opérations se rapporteraient à une créance née d'un *mutuum*. L. 5, C., *h. t.* « ... Cum autem ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur an tunc, cum cavebatur, numerata sit : sed an iusta causa debiti præcesserit. » — L. 6. 11, C., *eodem.*

[10] L. 8. 12. 15, C., *hoc titulo.*

[11] L. 2. 9, C., *h. t.* — L. 4, C., *de condictione ob causam datorum* 4, 6.

[12] L. 1. 2. 3. 9. 14, C., *hoc titulo.*

[13] L. 8. 9. 14, § 4, C., *hoc titulo.*

l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*[14]; 2° en faveur des *argentarii*[15]; 3° lorsque le signataire a laissé expirer le délai légal, qui a été fixé par Justinien à deux ans. Après ce délai, le chirographe n'est pas seulement un moyen de preuve efficace sous tous les rapports, mais il entraîne inévitablement la condamnation du signataire, alors même que ce dernier offrirait de fournir la preuve que l'argent ne lui a pas été compté[16].

Le principe qui sert de base à l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* a été également appliqué, mais avec des délais différents, aux quittances[17] et aux écrits par lesquels le mari reconnaît avoir reçu une dot qui lui a été promise, *dos cauta sed non numerata*[18].

CHAPITRE SECOND.

DES PACTES.

DES PACTES JOINTS A UN CONTRAT DE BONNE FOI. PACTA ADIECTA.

§ 249.

Les pactes, c'est-à-dire les conventions sans intérêt réciproque, ne produisaient point, chez les Romains, un lien civilement obligatoire. Bien que le promettant pût contracter par cette convention une obligation naturelle, le créancier n'avait point d'action pour en poursuivre l'exécution. La jurisprudence cependant dérogea de bonne heure à cette règle en faveur des pactes que les parties ajouteraient comme accessoires à un contrat de bonne foi, avec l'intention de modifier les conséquences naturelles de ce contrat. En effet, de pareils pactes pouvaient être considérés comme faisant partie du contrat même, puisqu'ils constituaient une condition du consentement réciproque; et à ce point de vue on n'avait pas même besoin d'inventer une action particulière à l'effet d'en poursuivre l'exécution, l'action du contrat pouvant servir à cet usage[1]. Ainsi, quand

[14] L. 4. 16, C., *h. t.* — Le payement partiel de la somme est considéré comme une reconnaissance du prêt (L. 4, C., *citée*); mais il n'en est pas de même de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque, à moins que l'acte de constitution ne contienne une reconnaissance faite postérieurement au chirographe. L. 1. 3, C., *eodem.*

[15] *Novelle* 136, c. 5.

[16] Cette question est controversée; mais les termes des L. 8. 14, C., *h. t.*, sont trop précis. — Cf. § un. in f. I., *de litterarum obligatione* 3, 21.

[17] L. 14, § 2, C., *h. t.* — *Voy.* ci-après, § 289.

[18] Tit. C., *de dote cauta non numerata* 5, 15. — *Voy.* ci-après, t. III, § 314.

[1] Fr. 7, § 4. 5, D., *de pactis* 2, 14. « 4. ... Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. 5. Quinimmo interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei iudiciis. » Fr. 7, § 6, D., *eodem.* — Nous supposons naturellement toujours que le créancier ait un intérêt pécuniaire à la prestation promise par le

il s'agit d'une convention ajoutée en faveur du vendeur, celui-ci pourra en obtenir l'exécution au moyen de l'*actio venditi*, de même que l'acheteur aura l'*actio emti* quand il s'agit d'un pacte ajouté dans son intérêt [2].

Pour que de pareils pactes accessoires produisent ces effets, il faut qu'ils se rapportent à un contrat de bonne foi [3] et qu'ils soient faits avec le contrat même dont ils tirent leur force civilement obligatoire. La convention faite séparément et après la perfection du contrat auquel elle se rapporte ne constituerait qu'un *pactum nudum* [4] et ne donnerait point d'action [5]. — Il est inutile de faire observer que ces pactes ne peuvent

pactum : s'il en était autrement, la convention ne pourrait engendrer d'action. Fr. 11, D., *de religiosis* 11, 7, où le mot *stipulatio* doit être entendu d'une *stipulatio pœnæ*. *Voy.* ci-après, n° 6 et § 258.

[2] Ajoutons que dans le cas où l'une des parties a exécuté le contrat auquel le pacte a été joint, elle peut se placer sur le terrain du contrat innommé (*præsto ut præstes*) et poursuivre l'accomplissement du pacte au moyen de l'*actio præscriptis verbis*. Fr. 12, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 2, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. — Cf. Fr. 13, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Le Fr. 31, § 17. 18, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1, montre que, suivant les circonstances, l'*actio præscriptis verbis* peut être plus avantageuse que l'action du contrat principal.

[3] La jurisprudence romaine n'a point admis les *pacta adiecta* comme produisant une obligation civile dans les *negotia stricti iuris*. De quelles actions en effet les parties auraient-elles pu se servir pour en obtenir l'exécution ? Le créancier n'aurait pu intenter l'action du contrat, parce que l'objet de cette action est nécessairement un *certum*, et que la modification introduite par le pacte aurait ôté ce caractère à l'objet du contrat. Quant au débiteur, il n'avait aucune action à sa disposition, et lui en accorder une, c'eût été contraire à l'essence des *negotia stricti iuris*, qui tous constituent des obligations unilatérales. *Voy.* ci-dessus, § 195, notes 20 sqq. — Ce principe a été maintenu dans la législation de Justinien, et il eût été impossible d'y porter atteinte sans faire disparaître entièrement les *actiones stricti iuris*. Mais comme dans ces *actions* la rigueur qui les avait dominées originairement finit par s'affaiblir, de même on augmenta, autant que possible, l'efficacité des conventions et pactes arrêtés entre parties au moment de la conclusion d'un *negotium stricti iuris*. Notamment quand un pacte avait pour but de diminuer l'étendue de l'obligation du débiteur, on admit qu'il produirait son effet, non-seulement au moment où le debiteur pourrait s'en prévaloir par voie d'exception, mais à partir du moment où il avait été convenu et joint au contrat, absolument comme on dit, en droit nouveau, de la compensation, que même dans les *actiones stricti iuris* elle agit non-seulement *per exceptionem*, mais *ipso iure*. *Voy.* ci-après, § 292. C'est ainsi que s'explique le langage de Paul, quand dans le Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1, il blâme l'opinion de ceux qui prétendaient qu'un pareil pacte *ad exceptionem tantum prodesset*, et proclame que *pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur*. Ce Fr. 40, D., *de rebus creditis*, qui commence par les mots *Lecta cautio* et que, par ce motif, on appelle habituellement la Loi Lecta, est par les commentateurs compté parmi les *leges damnatæ* du Digeste (Cf. ci-dessus, § 182, note 6); mais les considérations que nous venons d'exposer font disparaître toute difficulté sérieuse d'interprétation. *Voy.* aussi les Fr. 11, D., *de rebus creditis* 12, 1, et Fr. 4, § 3, D., *de pactis* 2, 14. Quant à la L. 27, C., *de pactis* 2, 3, que l'on cite aussi à propos de cette question, elle traite, non pas d'un pacte joint à une stipulation, mais d'un pacte confirmé par stipulation et transformé par ce moyen en contrat verbal. Cf. ci-dessus, § 246, note 24.

[4] A moins que l'exécution, faite et acceptée au moment du pacte ou après le pacte, ne crée le lien d'un contrat innommé. Cf. ci-dessus, note 2.

[5] Fr. 7, § 5, D., *de pactis* 2. 14. « Solemus enim dicere, *pacta conventa inesse bonæ fidei iudiciis*. Sed hoc sic accipiendum est : ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris intersint... Ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractus facta sunt..... Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quæ

porter atteinte aux conditions essentielles du contrat auquel ils sont ajoutés. Comment, en effet, pourraient-ils tirer quelque force d'un contrat qu'ils auraient pour but de détruire?

Il est impossible de déterminer *à priori* les diverses espèces de *pacta adiecta,* dont le nombre est aussi illimité que la liberté de la volonté humaine. Nous en signalerons cependant quelques-unes des plus usitées et à l'égard desquelles nous trouvons des dispositions particulières. La plupart d'entre elles se rapportent au contrat de vente et opèrent en faveur du vendeur.

1° Le pacte de rachat ou de réméré, par lequel le vendeur se réserve le droit de racheter la chose vendue, soit au même prix, soit à un autre prix déterminé ou à déterminer [6]. Le vendeur fait valoir son droit de rachat par l'*actio venditi* ou, le cas échéant, par l'*actio præscriptis verbis* [7]. L'exercice du droit de rachat est ordinairement restreint à un temps déterminé : à défaut de pareille limitation, le vendeur est libre d'en user quand il veut, sauf naturellement la prescription ordinaire qui pourra être opposée à son action et qui commencera, dans cette hypothèse, pour l'*actio venditi,* au moment du pacte conclu. Le vendeur obtiendra par les *actiones venditi* ou *præscriptis verbis,* moyennant l'offre du prix convenu, la restitution de la chose vendue, non détériorée par la faute de l'ache-

postea interponuntur, parere exceptiones. » — L. 13, C., *de pactis* 2, 3. « In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit. » — L. 8, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4. 54. — L'effet des *pacta adiecta ex intervallo* varie cependant selon qu'ils ont pour but de diminuer l'obligation du débiteur ou bien de l'aggraver. Ceux qui aggravent l'obligation ne peuvent jamais agir que *per exceptionem,* tandis que ceux qui la diminuent, bien que ne donnant point d'action, agissent cependant à partir du moment où ils ont été arrêtés, et diminuent par conséquent *ipso iure* l'obligation principale, comme la compensation et les *pacta incontinenti stipulationi adiecta. Voy.* la note 3, vers la fin, et Fr. 27, D., *de regulis iuris* 50, 17. « ..... Obligationum causæ pactione possunt immutari et *ipso iure* et *per pacti conventi exceptionem.* »—Papinien, Fr. 72, pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Pacta conventa quæ *postea facta detrahunt* aliquid emtioni, contineri contractu videntur : *quæ vero adiiciunt,* credimus non inesse..... Sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit, aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quæsitum est : quoniam emtionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat : Si, omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, et nova emtio intercessisse videtur. » Il faut se garder de donner une trop grande extension à la solution renfermée dans la dernière phrase de ce texte, à partir des mots *Paulus notat,* et d'en faire une règle générale, applicable à tous les contrats. La décision est vraie, mais elle ne l'est que pour les *contractus qui* solo *consensu perficiuntur. Voy.* aussi Fr. 7, § 6. Fr. 27, § 2, D., *de pactis* 2, 14, et ci-après, § 295, notes 4-7.

[6] Fr. 12, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 2. 7, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. — L. 1, C., *quando decreto opus non est* 5, 72. — Si les parties n'ont point fixé de prix, il faut bien admettre qu'elles ont entendu conserver au pacte de rachat le prix auquel s'est fait le contrat originaire.

[7] Fr. 13, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 12, D., *de præscriptis verbis* 19, 5.—L. 2, C., *de pactis inter emt. et vend.* 4, 54. — Cf. ci-dessus, note 2.

teur; et à défaut de cette restitution, les dommages et intérêts qui peuvent être dus, conformément aux principes généraux. Mais qu'arrivera-t-il si, à l'époque où le vendeur veut exercer son droit, l'acheteur ne se trouve plus en possession de la chose vendue, l'ayant aliénée et transférée à une personne tierce? Le vendeur pourra-t-il revendiquer la chose entre les mains du tiers? Évidemment non : la convention de réméré est pour l'acquéreur une *res inter alios acta* : il a acquis régulièrement la propriété de la chose, et sa propriété ne saurait dépendre de la volonté de qui que ce soit. La même décision devra être donnée dans le cas où l'acheteur aurait imposé à la chose des servitudes ou d'autres *iura in re*. Le vendeur, tout en reprenant la chose, devra la reprendre avec les charges dont l'acheteur-propriétaire l'a grevée, sauf naturellement le recours en dommages et intérêts contre ce dernier. Bien que le pacte de réméré contienne une éventualité de résiliation, cette résiliation ou révocation n'existe qu'à l'égard de l'acheteur, et non pas à l'égard du droit de propriété. La révocation n'agit pas *in rem*, mais exclusivement *in personam*[8]. — Les auteurs appellent *pactum de retrovendendo* * le pacte fait en faveur du vendeur, dont nous venons de parler; ils appellent *pactum de retroemendo* * celui par lequel l'acheteur se réserve le droit de forcer le vendeur à reprendre la chose vendue dans un certain temps et à un prix déterminé ou à déterminer.

2° Le *pactum protimeseos* *, par lequel les parties conviennent qu'au cas que l'acheteur vende la chose qu'il vient d'acheter, le vendeur aura la préférence sur tout autre acheteur, s'il offre d'aussi bonnes conditions [9]. Ce pacte produit des effets analogues à ceux que nous avons indiqués au numéro précédent [10], le *ius protimeseos* n'étant autre chose que la faculté de réméré, assujettie à certaines conditions. Le vendeur se servira des *actiones venditi* ou *præscriptis verbis*, qu'il doit naturellement diriger contre l'acheteur avec lequel il a contracté, sans pouvoir se prévaloir de son

[8] Cela résulte des principes généraux, ainsi que de la nature des actions données à l'effet de faire valoir le pacte de rachat, ci-dessus, note 7. *Voy.* aussi l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[9] Le droit de préférence dont il s'agit ici et pour lequel les commentateurs ont créé le terme *ius protimeseos*, peut aussi être établi par testament ou même résulter de la loi. L'exemple le plus important du *ius protimeseos legale* se rencontre dans l'emphytéose. L. 3, C., *de iure emphyteutico* 4, 66, et ci-dessus, t. I, § 147, note 21. D'autres exemples : Fr. 60, D., *de pactis* 2, 14, et Fr. 16, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5 (Cf. L. 14, C., *de contrah. emtione* 4, 38). – L. 1, C., *de metallariis* 11, 6.—Rien n'empêche d'appliquer la même faculté à d'autres contrats. C'est ainsi que les L. 4. 5, C., *de locatione prædium civilium* 11, 70, consacrent un droit de préférence pour les baux à ferme des biens du prince, du fisc et des communes. L. 4, C., *citée*. « Congruit æquitati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus præferantur, si facta per alios augmenta suscipiant. »

[10] Fr. 75, D., *de contrah. emtione* 18. 1. – Fr. 122, § 3, D., *de verb. oblig.* 45, 1. – Cf. L. 3, *verbis* Et si quidem C., *de iure emphyteutico* 4 66.

droit contre les tiers qui pourraient se trouver avoir acquis la chose au moment où le vendeur veut user de son droit [11].

3° La *lex commissoria* †, pacte par lequel on convient que la partie qui n'exécute pas les obligations dont elle est tenue par suite d'un contrat, sera déchue des droits qui lui compètent en vertu du même contrat. Ce pacte peut être ajouté à toute espèce de convention, à l'exception du contrat de gage [12]; mais il est surtout usité dans la vente et en faveur du vendeur [13]. — On peut le concevoir sous deux formes : soit comme une condition (suspensive) dont dépendra l'efficacité du contrat, de manière que la vente ne sortira point ses effets si le prix d'achat n'est pas payé dans un délai déterminé; soit comme un pacte résolutoire, ajouté à une vente pure et simple, et par suite duquel le vendeur peut, en cas de non-payement, considérer la vente comme non avenue et redemander la chose vendue. C'est cette dernière intention qu'il faut présumer dans le doute [14]. — Nous n'avons point à nous occuper ici de la première de ces deux hypothèses par la raison qu'elle ne constitue point un *pactum adiectum* et qu'elle donne tout simplement lieu à l'application des règles que nous avons fait connaître en traitant des conventions conditionnelles [15]. Les effets de la *lex commissoria,* considérée comme pacte résolutoire ajouté au contrat de vente, sont plus compliqués. Nous allons en donner une

[11] Fr. 21, § 5, D., *emti* 19, 1. — Fr. 75, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Il en est de même des *iura in re* que les tiers ont pu acquérir sur les choses, le tout conformément à ce que nous avons dit à l'occasion du pacte de rachat, ci-dessus, note 8. *Voy.* aussi l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

† Tit. D., *de lege commissoria* 18. 3. — Lex est dans cette locution synonyme de *pactum* et signifie une *convention arrêtée* entre parties et, par suite, *obligatoire* pour elles. (Cf. t. I, n° 114.) C'est ainsi qu'on appelle *lex mancipii, lex venditionis* ou *conductionis* les conditions d'une mancipation, d'une vente ou d'un louage, arrêtées entre parties; et nous avons rencontré, ci-dessus, § 223, note 4, le terme *lex præpositionis* pour indiquer les instructions données par les armateurs au capitaine d'un navire. Committere, dans le sens dont il s'agit ici, est : « encourir une peine, une déchéance, par suite d'un acte indûment fait ou négligé ». *Voy.* ci-après, § 258, note 8, et ci-dessus, t. I, § 161, note 20. Cf. Brissonius, v° *Committere,* § 1, et Dirksen, *Manuale latinitatis,* v° *Committere,* § 4. 5.

[12] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 161, notes 18-22.

[13] Fr. 2, D., *h. t.* « Cum venditor fundi in lege ita caverit : si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemtus sit... » — Fr. 4, pr. Fr. 5. 8, D., *eodem.* — Fr. 38, pr. D., *de minoribus* 4, 4. — Cf. Fr. 4, § 3, D., *h. t.* « In commissoriam etiam hoc solet convenire : ut si venditor eumdem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a primo emtore exigat. Erit itaque adversus eum ex vendito actio. » — Fr. 6, § 1, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — L. 4, C., *de pactis inter emt. et vend.* 4. 54. « *Commissoriæ venditionis* legem exercere non potest qui *rel.* » — Dans tous les textes romains qui traitent de cette clause, nous trouvons un terme ou délai dont l'expiration est une condition de la déchéance (*dies committendi,* comme dit le Fr. 38, pr. D., *de minoribus* 4, 4); mais l'on peut aussi convenir d'un pacte commissoire sans terme. *Voy.* ci-après, note 16.

[14] Fr. 1, D., *h. t.* « Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub condicione resolvi emtio, quam sub condicione contrahi videatur. » — Fr. 2, § 3, D., *pro emtore* 41, 4. — Cf. Fr. 7 in f. Fr. 8, D., *de iure dotium* 23. 3; Fr. 1, § 2, D., *pro dote* 41. 9, et ci-dessus, t. I, § 38, note 10.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 205, I.

analyse succincte. Dès que la condition dont l'effet du pacte dépend s'est accomplie, c'est-à-dire, dès que l'acheteur est en défaut de payer le prix d'achat dans le délai fixé, le vendeur peut user de son droit, sans qu'il soit besoin de mise en demeure [16]. A cet effet, il se servira de l'*actio venditi*, ou bien, s'il y a lieu, de l'*actio præscriptis verbis* [17]. Ces actions tendent à faire remettre les choses en l'état où elles se trouvaient au moment de la conclusion du pacte [18]. L'acheteur sera par suite condamné à restituer la chose achetée, telle qu'il l'a reçue, non détériorée par sa faute et libre de charges, de plus les accessoires et les fruits perçus [19]. Par contre, le vendeur devra rendre ce qu'il a reçu sur le prix [20], mais il n'est pas tenu de restituer ce qui a pu être donné pour la confirmation du contrat, par exemple, les arrhes qui ont été remises par l'acheteur [21]. Il va sans dire que le vendeur a le choix d'user du droit qu'il a de demander la résiliation du contrat ou bien d'en exiger l'exécution; mais, une fois le choix fait, il ne peut plus varier [22]. Il est censé avoir renoncé au bénéfice du pacte commissoire, s'il accepte, après l'expiration du délai, le prix entier ou même des à-compte [23]. — Il y a controverse sur la question de savoir si le vendeur, pour faire valoir son droit de résiliation, doit s'en tenir exclusivement à l'acheteur avec lequel il a contracté, *in personam*, ou bien s'il peut poursuivre la chose par une *in rem actio* entre les mains

[16] Fr. 4, § 4, D., *h. t.* — Fr. 10, § 1, D., *de rescind. vend.* 18, 5. — Fr. 23, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Si aucun terme n'avait été fixé, la mise en demeure serait naturellement indispensable; tout au moins faut-il admettre que le défendeur peut, jusqu'à la *litis contestatio*, éviter la résiliation, en payant le prix d'achat. Cf. ci-après, § 258, notes 11. 12.

[17] Fr. 4, pr. § 3, D., *h. t.* — Fr. 6, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — L. 3, C., *de pactis inter emtorem et venditorem*, ci-après, note 25. — Pour l'*actio præscriptis verbis*, *voy.* ci-dessus, notes 2. 4.

[18] C'est là le sens de la locution usitée en cette matière : UT RES INEMTA SIT OU FIERET.

[19] Fr. 5, D., *h. t.* Cf. Fr. 6, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1, et Fr. 173, § 1, D., *de regulis iuris* 50. 17. C'est l'application toute simple des règles générales sur l'effet des obligations conditionnelles, telles que nous les avons exposées ci-dessus, § 205, I, spécialement aux notes 27-33.

[20] Arg. L. 6, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. « Et ideo aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine ulla ludificatione, sua auctoritate perficit : præcipue, cum et adversa pars, receptis numis suis, nullam passa videri possit iniuriam. » — Mais il est loisible aux parties de stipuler que l'acheteur, tout en restituant la chose, perdra ce qu'il aura payé sur le prix; en d'autres termes, que l'à-compte sera reçu à titre d'arrhes. C'est dans ce sens qu'il faut entendre les Fr. 4, § 1, D., *h. t.* et (*Vaticana fragm.* 11) Fr. 13, § 26, D., *emti* 19, 1.

[21] Fr. 4, pr. Fr. 6, pr. D., *h. t.* — Cf. Fr. 8, D., *h. t.* — L. 1, C., *de pactis inter emt. et vendit.* 4, 54. *Voy.* aussi ci-après, § 259, note 10.

[22] *Vaticana fragmenta* 3. 4. — Fr. 4, § 2, D., *h. t.* « Eleganter Papinianus libro III Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere : nec posse, si commissoriam elegit, postea variare. » — Fr. 7, D., *eodem.* — L. 4, C., *de pactis inter emt. et venditorem* 4, 54.

[23] *Vaticana fragm.* 3. — Fr. 38, pr. D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 6, § 2. Fr. 7, D., *h. t.* — — L. 4, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54.

du tiers qui l'aurait acquise de l'acheteur, voire même entre les mains de toute autre personne. Conformément aux principes fondamentaux qui régissent le droit de propriété et à l'axiome incontestable d'après lequel *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, nous pensons que l'action du vendeur est restreinte à la personne de l'acheteur et qu'elle ne peut être dirigée contre des tiers qui ne sont point intervenus dans la convention sur laquelle le vendeur fonde son droit à la restitution de la chose. Si l'acheteur s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette restitution telle qu'elle doit se faire, il devra, de ce chef, des dommages et intérêts ; mais cette inexécution de sa part ne peut donner au vendeur aucun droit contre des personnes avec lesquelles il ne se trouve dans aucun rapport obligatoire [24]. Cette théorie est confirmée par nos sources, qui accordent au vendeur les actions purement personnelles *ex vendito* et *præscriptis verbis*, et par une constitution d'Alexandre Sévère qui lui refuse formellement la revendication [25]. Les textes qu'on a l'habitude d'invoquer en faveur de l'opinion contraire ne résistent pas à un examen rigoureux [26].

[24] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[25] *A*) Ci-dessus, note 17.— *B*) L. 3, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. « Qui ea lege prædium vendidit, UT NISI RELIQUUM PRETIUM INTRA CERTUM TEMPUS RESTITUTUM ESSET, AD SE REVERTERETUR : si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. »

[26] Ces textes sont particulièrement le Fr. 8, D., *h. t.*, et la L. 4, C., *de pactis inter emt.* 4, 54. Dans le premier passage, Cerv. Scævola examine la question de savoir si, dans une espèce donnée, l'acheteur est réellement déchu, de sorte que le vendeur puisse user de son droit de reprendre la chose, et il pose la question comme suit : « Quæsitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice *vindicari* debeant ex conventione venditionis? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem. » La L. 4, C., *de pactis inter emt. et vendit.* 4. 54, est un rescrit d'Alexandre Sévère : « Commissoriæ venditionis legem exercere non potest, qui post præstitutum pretii solvendi diem, non *vindicationem rei* eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. » L'argumentation des auteurs qui soutiennent la révocation *in rem* repose sur les mots *vindicari, vindicatio rei,* qui se trouvent dans ces deux textes. Mais voici ce que nous faisons valoir contre cette argumentation : 1° Le mot *vindicare* ne signifie pas toujours *intenter l'*ACTIO IN REM, qui s'appelle *rei vindicatio;* il est souvent employé dans une signification plus large : « réclamer ou poursuivre légalement, de quelque manière que ce soit, une chose ou un droit quelconque ». *Voy.* GAIUS VISIGOTH., II, 5. 6. – Fr. 1, § 1, D., *si quis ius dicenti non obtemperaverit* 2, 3. – Fr. 31, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 32, D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 6, D., *de iniuriis* 47, 10. – L. 12, *verbis*, Sin autem C., *communia utriusque iudicii* 3, 38. – L. 17, *verbis* Ut nulli liceat C., *de fide instrumentorum* 4, 21. – L. 7, C., *de revocandis donationibus* 8, 56, ci-après, § 255. Ce qui ôte dans les deux passages en question toute valeur technique au mot *vindicare,* c'est qu'il s'y agit d'une répétition de la chose exercée contre l'*acheteur* même et non pas contre une personne tierce. — 2° Dans les deux passages, la question qui nous occupe n'est point traitée *ex professo.* Le jurisconsulte et l'empereur n'examinent pas si la chose peut être répétée contre des tiers, mais tout simplement si elle peut être répétée contre l'acheteur ; tandis que dans la L. 3, C., *de pactis inter emt. et vend.* 4, 54, que nous avons transcrite dans la note précédente, le même empereur Alexandre Sévère refuse *positivement* et *en termes précis* la revendication, et n'accorde que l'action personnelle. Cette décision est claire et précise, et il est impossible d'en contester le caractère général à l'aide de la distinction arbitraire de l'école en *verba directa* et *verba obliqua;* car certes, si l'intention des parties, comme on l'a

4° La *in diem addictio* †, pacte par lequel les parties conviennent que le vendeur aura, jusqu'à un jour déterminé, le droit de céder la chose à une autre personne qui offrira des conditions meilleures que celles auxquelles la vente se fait [27]. Cette convention peut également être considérée sous deux points de vue différents. On peut l'entendre comme ayant pour but de rendre la vente conditionnelle, de manière à ne lui faire produire ses effets que dans le cas où de meilleures offres ne seraient pas faites dans le délai convenu; ou bien la vente sera pure et simple, mais elle pourra être résiliée si de meilleures conditions sont offertes. Dans le doute, il faut se décider pour cette dernière interprétation [28]. — Comme nous l'avons fait en traitant du pacte commissoire, et par les mêmes raisons, nous ne nous occupons ici que de la *in diem addictio*, considérée comme pacte résolutoire joint à une vente pure et simple [29]. Pour que ce pacte sorte ses effets, il faut que des conditions meilleures que celles de la vente originaire aient été sérieusement offertes au vendeur [30]. On entend par conditions meilleures toute offre dont la réalisation donnerait au vendeur des avantages plus grands que ceux qu'il obtient par la première vente [31]. L'individualité de la personne qui fait les offres meilleures est différente : s'il y a plusieurs vendeurs, il est même loisible à l'un d'entre eux d'amener la résiliation du contrat en offrant des conditions plus avantageuses; comme, d'un autre côté, s'il y

prétendu, devait être décisive pour notre question, les termes de la L. 3, C., *citée* « UT RES AD SE REVERTERETUR » exprimeraient avec bien plus d'énergie le *retour* IPSO IURE *du droit de propriété*, que les autres rédactions du pacte commissoire que nous rencontrons dans nos sources, telles que « UT RES INEMTA ESSET. » Il nous paraît donc évident que la solution donnée par la L. 3, C., *citée*, qui est d'ailleurs conforme aux principes généraux, doit l'emporter sur une interprétation douteuse de deux passages qui n'effleurent notre question qu'en passant, interprétation qui d'ailleurs n'est fondée que sur la supposition qu'un mot, souvent employé dans un sens large, aurait dans l'espèce sa signification étroite et technique. Il nous paraît inutile de discuter le Fr. 38, § 2, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2, qui, privé de l'appui des deux textes cités ci-dessus, n'a plus aucune valeur pour notre question. *Voy.*, au reste, sur toute la controverse, l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

† Tit. D., *de in diem addictione* 18, 2.

[27] Fr. 1, D., *h. t.* « In diem addictio ita fit : ILLE FUNDUS CENTUM ESTO TIBI EMTUS, NISI SI QUIS INTRA KALENDAS IANUARIAS PROXIMAS MELIOREM CONDICIONEM FECERIT, QUO RES A DOMINO ABEAT. » — Cf. Fr. 11, pr. D., *eodem*. — Pareille convention peut aussi être faite sans fixation de terme; mais il va sans dire que, sous cette forme, elle ne peut plus être qualifiée de IN DIEM *addictio* Cf. Fr. 41, pr. D., *de rei vindicatione* 6, 1.

[28] Fr. 2, pr. D., *h. t.* — Cf. Fr. 4, § 5, D., *eodem*. — Fr. 2, § 4, D., *pro emtore* 41, 4.

[29] *Voy.* ci-dessus, note 15.

[30] Fr. 4, § 5. Fr. 14, § 1. 2. 3, D., *h. t.* — *Quid* si le vendeur meurt avant l'expiration du délai? Fr. 15, pr. D., *h. t.*

[31] Il n'est pas nécessaire que le chiffre du prix soit plus élevé. Fr. 4, § 6. Fr. 5. 15, § 1 in f. D., *h. t.* Mais *voy.* Fr. 15, § 1, initio D., *h. t.*, et Fr. 14, § 5, D., *eodem*. « Non tamen ideo, si tantumdem pretium alius det, *hoc ipso quod fructus eum non sequantur* (ci-après, note 37), melior condicio videtur allata : quia non id agitur inter emtorem et venditorem. »

a plusieurs acheteurs, chacun d'entre eux peut user du même droit [32]. Le pacte étant en faveur du vendeur, il va sans dire que celui-ci est libre d'user de son droit de résolution ou de maintenir la vente [33]. S'il veut se prévaloir du pacte résolutoire, il doit notifier son intention à l'acheteur, qui a toujours la faculté de conserver la chose en offrant les mêmes avantages que le tiers qu'on veut lui préférer [34]. Faute par l'acheteur d'user de cette faculté, le vendeur poursuivra l'exécution du pacte par l'*actio venditi* ou par l'*actio præscriptis verbis*. L'une et l'autre de ces actions tendent à obtenir, moyennant remboursement du prix (avec intérêts) et des impenses nécessaires [35], la restitution de la chose vendue, non détériorée par la faute de l'acheteur et libre de charges [36], avec les accessoires et les fruits perçus [37]. Comme dans le pacte commissoire, nous trouvons également dans la *in diem addictio* la controverse relative à la question de savoir si le vendeur peut faire valoir son droit de résolution contre les tiers qui ont valablement acquis la chose ou des droits réels sur elle, *in rem*. Ici l'affirmative est soutenue par presque tous les jurisconsultes modernes, et nous l'avions adoptée nous-même dans la première édition de cet ouvrage. L'examen sérieux auquel nous avons de nouveau soumis les textes qui nous avaient imposé cette solution, nous détermine cependant aujourd'hui à la rejeter, et à maintenir même pour la *in diem addictio* les principes généraux, qui n'admettent le droit de résolution que contre l'acheteur vis-à-vis duquel il a été stipulé, *in personam* [38].

[32] *A*) Fr. 13, § 1, D., *h. t.* « .... Emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus. » — *B*) Fr. 18, D., *eodem*.

[33] Fr. 9, D., *h. t.* Mais *voy.* Fr. 10, D., *eodem*. « Sed si proponatur, a CREDITORE *pignus in diem addictum*, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur... » — S'il y a plusieurs vendeurs, la résolution ne peut se faire que d'un commun accord, à moins qu'il ne s'agisse d'une chose divisible dont chacun a vendu sa part pour un prix séparé. Fr. 11, § 1. Fr. 12. 13. 17, D., *h. t.* Comparez l'analogie de l'action rédhibitoire, ci-dessus, § 213, n° 3.

[34] Fr. 7. 8, D., *h. t.* – Fr. 35, D., *de minoribus* 4, 4.

[35] Fr. 16, D., *h. t.* – Arg. Fr. 29. 30, D., *de Ædilicio edicto*, ci-dessus, § 213, note 30.

[36] Fr. 4, § 3. 4, in f. Fr. 6 pr. Fr. 16, D., *h. t.* – Cf. Fr. 19, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[37] Fr. 4, § 4. Fr. 6, pr. Fr. 16, D., *h. t.* — Il est également tenu de céder les actions qu'il a pu acquérir par rapport à la chose. – Fr. 4, § 4, D., *h. t.* (Fr. 11, § 10, D., *quod vi aut clam* 43, 24). – Fr. 41, pr. D., *de rei vindicatione* 6, 1.

[38] Nous écartons d'abord le Fr. 41, pr. D., *de rei vind.* 6. 1, qui ne nous a jamais paru concluant, car il s'explique aisément par l'obligation qui incombe à l'acheteur de céder les actions qu'il a pu acquérir par rapport à la chose. Cf. Fr. 4, § 4, D., *h.* t. (Fr. 11, § 10, D., *quod vi aut clam*), cités à la note précédente, et ci-dessus, § 188, note 19. — Par contre, les Fr. 4, § 3, D. *h. t.* et Fr. 3, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, paraissent décisifs en faveur de la *resolutio in rem*, puisqu'ils prononcent l'anéantissement du *pignus* que l'acheteur aurait accordé *medio tempore*, c'est-à-dire entre la conclusion de la vente et l'offre des conditions meilleures. Cependant il est incontestable que le Fr. 4, § 3, D., *cité*, tel qu'il se trouve dans les éditions du *Corpus iuris*, présente une rédaction impossible, et donne un résultat d'une absurdité complète que les raisonnements les plus subtils ne sauraient faire disparaître. Comment, en effet, concilier la première phrase de ce texte avec la conclusion et avec l'argumentation que renferme la seconde : « Sed et

5° Le *pactum reservatæ hypothecæ* * par lequel le vendeur se réserve sur la chose vendue une hypothèque pour sûreté du prix de vente [39]. Par suite de cette convention, la chose vendue entre dans le patrimoine de l'acheteur, grevée de l'hypothèque convenue entre parties [40] ; d'où la conséquence que le droit du vendeur a la préférence sur toute autre hypothèque qui peut être créée ou avoir été créée pour sûreté d'une dette quelconque de l'acheteur [41]. — Le vendeur peut aussi retenir la propriété jusqu'au payement du prix [42]. Cette convention, que les auteurs modernes appellent *pactum reservati dominii* *, n'est autre chose qu'une réserve ayant pour but de constater que le vendeur, tout en faisant tradition, n'entend pas suivre la foi de l'acheteur [43]. Elle n'affecte en rien l'efficacité de la vente et n'a d'autre effet que de faire que la tradition de la chose donne à l'acheteur, non pas la propriété, mais la simple détention ou une possession purement précaire [44]. Il s'ensuit que les risques et périls de la chose vendue sont pour l'acheteur à partir du moment où le contrat a été conclu [45].

6° Le *pactum de non alienando* *, par lequel l'acquéreur d'une chose s'engage à ne pas l'aliéner du tout ou à ne pas l'aliéner en faveur d'une

Marcellus libro V Digestorum scribit, *pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit,* REM PIGNORI ESSE DESINERE, *si emtor eum fundum pignori dedisset.* EX QUO colligitur, quod EMTOR MEDIO TEMPORE DOMINUS ESSET : ALIOQUIN NEC PIGNUS TENERET. » Il est évident que la phrase qui commence par EX QUO, et dont la rédaction est incontestable, exige IMPÉRIEUSEMENT dans la phrase précédente : REM PIGNORI ESSE NON DESINERE, et, malgré la répugnance que nous éprouvons, en général, pour ce mode arbitraire de conjecture, nous croyons devoir adopter dans cette occurrence l'intercalation de la particule négative. Avec cette leçon, le texte cité, loin de contredire notre théorie, la confirme pleinement. Dès lors le Fr. 3, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, ne présente aucune difficulté ; car la rédaction de ce passage (*res distracta sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset venditor*) nous autorise certes à y voir une *in diem addictio* formant condition suspensive.

[39] Fr. 1, § 4, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. « ... Ut quoad pretium solverit (emtor, prædia) essent pignori obligata venditori.... » — Fr. 2, D., *eodem.*

[40] Fr. 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. « ... Quod *cum dominio* pignus quæsitum est, et ab initio obligatio inhæsit... » Arg. L. 7, C., *qui potiores in pignore* 8, 16.

[41] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 163, note 1 *in fine.*

[42] Cette intention des parties peut être exprimée en termes formels ou bien résulter des circonstances. Fr. 16, D., *de periculo* 18, 6. « Servi emtor, *si eum conductum* rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum adquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore. Periculum autem eius servi ad emtorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit. » — Fr. 20, § 2, D., *locati* 19, 2. « Interdum locator non obligatur, conductor obligatur : veluti cum emtor fundum conducit, donec pretium ei solvat. »

[43] *Voy.* ci-dessus, § 211, note 14.

[44] *Voy.* les textes cités à la note 42, et Fr. 20, D,, *de precario* 43, 26. « Ea, quæ distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem steterit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi. » — L. 3, C., *de pactis inter emt. et vendit.* 4, 54, ci-dessus, note 25. — Mais si l'acheteur paye le prix, la possession précaire se transforme *ipso facto* en *possessio pro suo* et par conséquent en propriété au cas que le vendeur fût propriétaire. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 107, notes 5. 6.

[45] Fr. 16, D., *de periculo et commodo* 18, 6, ci-dessus, note 42.

personne déterminée [46]. Un pareil pacte n'a pas pour effet d'annuler l'aliénation qui se ferait au mépris de la convention, mais il fait naître, s'il y a lieu, une action, *venditi* ou *præscriptis verbis*, en dommages et intérêts, à la charge de la personne qui s'est engagée à ne pas aliéner [47].

7° Les parties, tout en s'obligeant mutuellement par un contrat, peuvent convenir qu'il sera libre à l'une ou à chacune d'elles de se départir du contrat [48]. Ce pacte, pour lequel les auteurs modernes ont inventé le nom barbare de *pactum displicentiæ* *, suppose naturellement un délai déterminé endéans lequel la partie intéressée doit exercer la faculté qui lui est réservée [49]. Pour le cas où pareil délai n'aurait pas été indiqué dans le contrat de vente, un passage du Digeste le fixe à soixante jours [50]. Les parties peuvent, au reste, si elles le veulent ainsi, se réserver cette

[46] La convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engagerait envers nous à ne pas aliéner cette chose, ne serait point par elle-même obligatoire, à moins que, par suite de circonstances particulières, nous n'ayons un intérêt à en exiger l'exécution. *Voy.* ci-dessus, § 199, note 10, et Fr. 61, D., *de pactis* 2, 14. Cf. Fr. 11, D., *de religiosis* 11, 7; Fr. 6, § 1, D., *de servis exportandis* 18, 7; Fr. 135, § 3, D., *de verb. obligationibus* 45, 1. — Mais, comme pacte joint à un contrat valable et obligatoire, elle est efficace, puisqu'elle fait partie des conditions de contrat et que dès lors il est à présumer que la partie qui a pris l'engagement en a reçu l'équivalent, *quoniam hoc minoris homo venisse videatur*, comme dit Papinien, en invoquant l'autorité de Sabinus, au Fr. 6, § 1, D., *de servis exportandis* 18. 7. — L'efficacité du pacte-joint est formellement consacrée par Justinien, aux L. 7, C., *de rebus alienis non alienandis* 4, 41, et L. 9, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. Cf. Fr. 75, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. – Fr. 21, § 3, D., *de actionibus emti et venditi* 19, 1. – Fr. 135, § 3, D., *de verborum obligationibus* 45, 1.

[47] Fr. 75, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 21, § 5, D., *emti* 19, 1. – Fr. 135, § 3, D., *de verborum obl.* 45, 1. – L. 3, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6. — Quelques auteurs prétendent que l'aliénation même est nulle, et que, par suite, le vendeur peut revendiquer la chose entre les mains du tiers acquéreur; mais cette opinion, contraire aux principes (voir l'Observation ajoutée au présent paragraphe), se concilie difficilement avec les premiers textes cités au commencement de la note et se trouve formellement contredite par la L. 3, C., *de condictione ob causam datorum* 4, 6, combinée avec Gaius, IV, 4, et § 14, I., *de actionibus* 4, 6. Quaux aux L. 7, C., *de rebus alienis non alienandis* 4, 51, et L. 9, C., *de pactis inter emtorem et vend.* 4, 54, que l'on cite aussi dans cette controverse, elles n'y ont aucun rapport, car elles disent bien que de pareils pactes sont valables et doivent recevoir leur exécution, mais elles ne déterminent point l'effet qu'ils doivent produire.

[48] Fr. 3, D., *de contr. emt.* 18, 1 : « Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub condicione distractam, sed resolvi emtionem sub condicione. » Cf. Fr. 2, § 5, D., *pro emtore* 41, 4, et L. 4, C., *de Ædil. actionibus* 4, 58. — Une convention de ce genre peut, au reste, être conçue également comme condition (suspensive). § 4, I., *de emtione et vend.* 3, 23. « Emtio tam sub condicione, quam pure contrahi potest. Sub condicione, veluti : Si stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot. »

[49] Arg. § 4, I., *de emt. et vend.* 3, 23, et Fr. 2, § 5, D., *pro emtore*, cité à la note précédente, ainsi que Fr. 6, D., *de rescindenda vend.* 18, 5.

[50] Fr. 31, § 22, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. «... Si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non : si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto et hanc conventionem valere... » — L. 4, C., *de Ædiliciis actionibus* 4, 58.

faculté pour toujours, *in perpetuum;* mais cette volonté devra être exprimée [51]. L'action résultant du pacte est l'action du contrat principal ou bien la *præscriptis verbis actio* [52]. Elle produit les mêmes effets que l'action rédhibitoire de l'édit des Édiles [53].

8° On a l'habitude de comprendre parmi les *pacta adiecta* les conventions par lesquelles les parties modifient les effets naturels du contrat de vente, en ce qui concerne les garanties du chef d'éviction et des défauts de la chose. Nous en avons suffisamment parlé en traitant du contrat de vente.

Observation. En exposant les effets des pactes résolutoires ajoutés au contrat de vente, nous avons été amené à résoudre en même temps l'importante question de l'irrévocabilité du droit de propriété dont nous nous étions déjà occupé, au titre qui traite spécialement de ce droit [54]. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que la propriété est de sa nature un droit irrévocable et non résoluble, c'est-à-dire qu'il ne peut dépendre de la seule volonté d'une personne étrangère de révoquer un droit de propriété qui nous appartient. Mais presque tous les jurisconsultes modernes admettent que, dans le cas où l'acquisition de la propriété se fait par un mode dérivé, les parties peuvent subordonner l'existence du droit à une condition résolutoire, ajoutée au contrat qui sert de base ou de titre au transfert. Dès lors, dit-on, comme la condition accomplie a un effet rétroactif au jour de la conclusion du contrat, la résolution doit également rétroagir à ce jour; d'où la conséquence que, toutes les dispositions faites dans l'entre-temps se trouvant annulées, le vendeur originaire rentre de plein droit dans la propriété comme s'il n'en avait jamais été privé et qu'il peut revendiquer la chose, libre de toutes charges, entre les mains de qui que ce soit. En d'autres termes, la propriété qui, dans l'intervalle, a résidé sur la tête des différentes personnes qui ont pu devenir acquéreurs de la chose, était essentiellement résoluble, *dominium revocabile ex tunc* *.— Quand même nous voudrions faire abstraction du résultat auquel conduit cette argumentation, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître qu'elle renferme trois erreurs essentielles et qu'en dernière analyse elle n'est, au fond, qu'une simple pétition de

[51] Fr. 31, § 22, D., *de Ædilicio edicto,* cité à la note précédente.

[52] *Vaticana fragm.* 14. — Fr. 6, D., *de rescindenda emtione* 18. 5. — Fr. 12, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 31, § 22-25, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — L. 2, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. — L. 4, C., *de Ædil. actionibus* 4. 58.

[53] Fr. 21, § 1. Fr. 43, § 1, D., *de Ædil. edicto* 21, 1, et ci-dessus, § 213, notes 27-33. Il est dès lors évident que la résiliation ne peut être poursuivie contre des tiers. Fr. 3 in f. D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, ci-dessus, note 38; L. 4, C., *de Ædil. actionibus* 4, 58, ainsi que l'Observation ajoutée au présent paragraphe. Il va de soi que la *displicentia,* formant condition (suspensive), produit sous ce rapport des effets tout autres. Cf. ci-dessus, notes 15 et 48 *in fine.*

[54] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 94, n° 3 et Observation.

principe. La première erreur consiste à considérer la vente dont il s'agit comme conditionnelle (ou, d'après le langage vulgaire, comme conclue sous condition résolutoire), tandis qu'il y a, en réalité, vente pure et simple, suivie d'un pacte résolutoire conditionnel [55]. Ensuite, l'on confond erronément le contrat de vente, qui ne constitue que la *causa* du transfert de la propriété, avec le transfert même [56]. Enfin, on commet une troisième erreur, qui, au reste, est une conséquence naturelle de celle qui précède, en attribuant au pacte résolutoire conclu entre le vendeur et l'acheteur un effet préjudiciable à des personnes tierces, par violation expresse de l'axiome d'après lequel *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* [57]. Manquant, par suite de ces erreurs, de tout fondement juridique, l'argumentation entière se trouve réduite à une véritable tautologie : La propriété est révocable *ex tunc* parce que la résolution agit contre les tiers, *in rem*. Pour se convaincre pratiquement du bien fondé de notre critique, on n'a qu'à supposer, au temps des jurisconsultes classiques, une vente avec pacte commissoire ou *in diem addictio*, suivie de la mancipation de la chose vendue. Si, avant l'échéance du pacte commissoire ou avant les offres meilleures, l'acheteur avait mancipé la chose à un tiers, aurait-on osé donner au vendeur la revendication contre le nouvel acquéreur? Poser la question, c'est la résoudre et démontrer en même temps toute l'inanité du système qui veut faire agir le pacte résolutoire contre les tiers. Pour éviter cet écueil, quelques partisans de la révocabilité *ex tunc* déplacent la résolution avec ses effets, en l'attachant, non pas au contrat de vente suivi du pacte résolutoire, mais à la tradition de la chose. La tradition elle-même, disent-ils, se fait sous condition résolutoire : c'est donc avec une condition résolutoire que la propriété est acquise par l'acheteur et par suite transmise aux acquéreurs ultérieurs. Ce raisonnement est à l'abri des deux derniers reproches que nous avons formulés ci-dessus, mais nous n'en croyons pas moins devoir le repousser. Il est, en effet, incontestable que la thèse qu'il est destiné à appuyer est contraire à la nature du droit de propriété, nous dirons même à l'essence de ce droit, tel que les Romains l'ont conçu dès l'origine de leur histoire. Pour eux, la propriété a toujours été un droit absolu et exclusif existant dans le chef du propriétaire, abstraction faite de tout autre individu, et dépendant uniquement de la sanction et de la garantie de la nation. Faire dépendre son existence de l'arbitraire d'une autre personne, c'est dénaturer ce droit et le faire dégénérer. Le législateur peut, à la vérité, modifier, voire même abandonner ce principe : il peut imposer des restrictions au droit le plus

[55] *Voy.* ci-dessus, § 205, notes 14. 15 et t. I, § 36, notes 3-5.
[56] *Voy.* ci-dessus, § 210, note 14 et t I, § 105. 106, c.
[57] *Voy.* ci-dessus, § 206.

absolu et lui imprimer ainsi un caractère plus ou moins relatif[58], mais rien ne nous prouve que les Romains aient pris une pareille mesure, dont l'effet eût été d'augmenter d'une manière très-dangereuse les inconvénients déjà fort nombreux qui résultent presque inévitablement du mode défectueux de transfert qui, sous le nom de tradition, forme la règle dans le droit de Justinien [59]. Il est certain qu'il ne pouvait être question de révocabilité du domaine acquis par les anciens modes civils, et notamment par la *mancipatio*. Or, dans le droit nouveau, la tradition doit produire les mêmes effets que ce mode d'acquisition, à moins que le contraire n'ait été dit très-formellement. Ainsi nous lisons que l'acquisition de la propriété peut être suspendue par une condition ajoutée à la tradition, et cette particularité, bien qu'elle fût incompatible avec la mancipation, n'a rien de contraire aux principes fondamentaux [60]. Mais mettre à la merci d'un tiers inconnu le droit absolu sur une chose, que nous avons légalement acquis, c'est violer la nature de ce droit, et en même temps l'équité que l'on essaye en vain d'invoquer en faveur de la résolution *ex tunc* [61]. Nous le répétons, pour admettre une dérogation aussi violente aux principes qui ont régi la société romaine pendant plus de douze siècles, il faudrait des textes précis, formels et indubitables. Nous croyons avoir démontré que ceux que l'on invoque à propos du pacte commissoire n'ont point ce caractère; nous avons également cherché à écarter les passages relatifs à la *in diem addictio* [62]. Ce qui vient à l'appui de notre

[58] Ainsi rien ne s'oppose à admettre la révocabilité du droit de propriété à l'égard des immeubles dans les législations qui exigent pour la transmission du domaine la transcription dans les registres publics. Dès lors, en effet, la garantie que la société accorde est elle-même résoluble, et la révocation doit agir contre tous les citoyens, par la raison que tous les citoyens en sont prévenus; dès lors aussi le reproche d'iniquité que nous faisons au système de nos adversaires disparaît complétement. Cf. ci-après, note 61 et ci-dessus, t. I, § 94, note 8.

[59] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 105 in f.

[60] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 107, notes 5 et 6.

[61] Ainsi l'on dit qu'il serait contraire à l'équité de dépouiller le vendeur du bénéfice d'un droit qu'il avait expressément stipulé en sa faveur et sans lequel il n'aurait pas voulu vendre. Mais c'est là un inconvénient auquel nous nous exposons toutes les fois que nous vendons à crédit ou que nous suivons d'une manière quelconque la foi de la personne avec laquelle nous contractons. Rien n'est, d'ailleurs, plus facile au vendeur que de se mettre à l'abri de tout danger, en exigeant des cautions ou autres garanties. Le tiers, au contraire, au préjudice duquel on voudrait faire agir la révocation, aurait certes tout lieu de se plaindre de l'iniquité d'une législation qui permettrait de le dépouiller d'une propriété légalement acquise, et ce pour des causes qu'il lui était impossible de prévoir ou de prévenir, en vertu d'actes dont il n'a pu avoir connaissance et au profit d'un individu qui n'a qu'à se reprocher à lui-même de n'avoir pas pris la précaution que la loi mettait à sa disposition. Ces considérations disparaissent naturellement si les pactes résolutoires sont, conjointement avec les actes d'acquisition, insérés dans les registres publics, comme le prescrivent les lois qui régissent aujourd'hui la propriété territoriale en France et en Belgique. On peut s'étonner qu'il ait fallu à nos législateurs une expérience de cinquante ans pour remédier au déplorable état de choses consacré par le Code Napoléon, dans lequel l'occulte *revocatio in rem* formait la règle.

[62] *Voy.* ci-dessus, notes 26 et 38, où nous nous sommes occupé du Fr. 8, D., *de lege commis-*

argumentation et prouve irrésistiblement qu'à l'époque où ces textes furent rédigés, la théorie de la révocabilité n'était point admise [63], c'est qu'une constitution contemporaine d'Alexandre Sévère la rejette formellement [64] et que, cinquante ans plus tard, Dioclétien et Maximien proclament encore, même à l'égard d'un fonds provincial, le principe fondamental que AD TEMPUS PROPRIETAS TRANSFERRI NEQUIT [65]. En présence de ces faits, les arguments que l'on voudrait tirer de quelques décisions isolées en matière de donations [66] ne nous paraissent point assez concluants pour autoriser la théorie d'après laquelle il dépendrait de la volonté du particulier de donner au droit de propriété un caractère essentiellement résoluble, contrairement à la nature légale de ce droit et en violation de l'axiome fondamental qui veut que *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest.*

soria 18, 3; de la L. 4, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54, ainsi que des Fr. 41, D., *de rei vind.* 6, 1; Fr. 4, § 3, D., *de in diem addictione* 18, 2 et Fr. 3, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, qu'on invoque habituellement en faveur de la *revocatio ex tunc.* (On peut y ajouter les textes que nous avons examinés à propos du *pactum de non alienando,* ci-dessus, note 47 et ceux que nous mentionnerons ci-après, note 66.) Voici maintenant les principaux des passages qui condamnent cette révocation ou consacrent tout au moins la nature personnelle des actions en révocation. *Vaticana fragm.* 283, ci-après, note 65. — Fr. 6, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 4, pr. § 3, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Fr. 21, § 5, D., *emti* 19, 1. — Fr. 12, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 43, § 8, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. — L. 2. 3, C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54, ci-dessus, notes 26. 27. — L. 4, C., *de Ædiliciis actionibus* 4, 58. — L. 7, C., *de revocandis donationibus* 8, 56, ci-après, § 255. — STEPHANUS *ad Basilica,* XVI, 2, 1, ci-après, note 65.

[63] La circonstance que les trois textes relatifs à la *in diem addictio,* cités à la note 39, ainsi que le Fr. 29, D., *de m. c. don.,* que nous transcrivons ci-après, note 65, sont tirés d'ULPIEN, a engagé MM. PELLAT et BLONDEAU à admettre que la théorie de la révocabilité du domaine, contraire à l'esprit du vrai droit romain, aurait été une opinion isolée et *personnelle* à ce jurisconsulte, que les rédacteurs de la législation de Justinien auraient eu le tort d'accepter. Certes, s'il fallait admettre cette théorie comme ayant prévalu dans le droit nouveau, l'hypothèse que nous venons d'indiquer serait le meilleur moyen d'expliquer cette aberration.

[64] L. 3. C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54, ci-dessus, note 25.

[65] *Vaticana fragmenta* 283. « Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut, post mortem eius qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum AD TEMPUS proprietas transferri nequiverit... » Il est vrai que, dans le manuscrit, le mot TEMPUS ne se trouve pas entièrement lisible et qu'on n'y voit que les deux lettres *te;* mais la leçon TEMPUS est naturellement donnée par l'ensemble du texte et se trouve, d'ailleurs, dans la L. 2, C., *de donationibus sub modo* 8, 55, qui reproduit, bien qu'avec de grandes altérations, le n° 283 des *Vaticana fragmenta.* Ajoutons que, par suite de ces changements, la L. 2, C., *citée,* se trouve n'avoir plus aucun rapport avec notre question, mais que la perpétuité ou l'irrévocabilité du droit de propriété est encore proclamée dans une scolie de STEPHANUS *ad Basilica,* XVI, 2, 1 (Supplém. éd. Heimbach par Zachariæ, p. 95). « πρόσκαιρος γὰρ οὐκ ἔρρωται δεσποτεία. Nam temporalis proprietas non datur. »

[66] ULPIEN, Fr. 29, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6. « Si mortis causa res donata sit..... sic, *ut iam nunc haberet* (*is cui donatus est*), *redderet si convaluisset* (*donator*), *vel de prælio, vel peregre rediisset :* POTEST DEFENDI in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei cui donatum est. » L'opinion si timidement émise dans ce fragment a d'autant moins de valeur pour la théorie générale, que la matière des donations présente, par suite de la *loi Cincia,* les irrégularités les plus grandes, jusqu'à permettre de reprendre, au moyen d'un simple interdit possessoire, une chose donnée dont la propriété a été transférée par *mancipation,* suivie ou accom-

DES PACTES PRÉTORIENS.

§ 250. *Des pactes prétoriens en général.* — Receptum arbitrii. *Pacte d'hypothèque.*

On peut appeler prétoriens les pactes que le préteur a munis d'une action. Les auteurs modernes ont l'habitude de donner ce nom à un grand nombre de rapports obligatoires qui ne le méritent point. De ce nombre est, par exemple, la responsabilité qui incombe aux bateliers et aux aubergistes à l'égard des effets des voyageurs : bien que cette obligation puisse être poursuivie par une action prétorienne *in factum*, elle ne saurait être considérée comme provenant d'un pacte, puisqu'elle naît du simple fait de la réception des effets, du *receptum*, sans qu'il soit besoin d'une convention [1]. — Quant au *precarium*, que l'on compte souvent parmi les pactes prétoriens, nous avons vu ci-dessus que, dans le droit nouveau, il constitue un contrat réel [2]. — C'est également à tort qu'on fait entrer dans cette catégorie le pacte par lequel deux personnes conviennent de faire dépendre du serment de l'une d'elles le sort d'une contestation qui les divise, *pactum de iureiurando extraiudiciali* *. Il est vrai que le serment fait en exécution d'un pareil engagement produit, comme le serment fait en justice [3], des effets analogues à ceux de la chose jugée [4]; mais la simple convention est dénuée de toute efficacité civile, aucune des parties ne pouvant être contrainte ni à faire, ni à référer le serment [5]. — La transaction et le compromis ne créent par eux-mêmes que des

pagnée de tradition. *Voy.* ci-après, § 253. Cf. t. III, § 450. La L. 1, C., *de donationibus sub modo* 8, 55, s'annonce elle-même comme une décision anomale, qui peut s'expliquer, mais non se justifier, par le concours de deux éléments de nature également anomale : *donation* et *aliments*.

[1] *Voy.* ci-après, § 279, n° 4.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 244, n° 3.

[3] *Voy.* ci-dessus, t, I, § 68, III.

[4] C'est-à-dire que le rapport juridique ou les faits affirmés par le serment sont désormais censés établis d'une manière irréfragable et font droit entre parties : de façon que si la même question se reproduit, chacune d'elles peut s'en prévaloir, par voie d'action ou par voie d'exception, comme elle le ferait d'un jugement définitif. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 68, III; § 69, notes 3 sqq. et § 8, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Item Prætor proposuit (in personam actiones)..... ex qua quæritur an actor iuraverit, et alias complures. » — § 11, I., *eodem*. « Item, si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, iustissime accommodat ei (Prætor) talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit. » § 4, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 5, pr. Fr. 26, § 2, Fr. 28, § 10, D., *de iureiurando* 12, 2. — L. 1, C., *de rebus creditis et iureiurando* 4, 1. — Fr. 2. 5, § 2. Fr. 7. 9, pr. § 1. Fr. 11. 23. 25. 26, § 1. Fr. 28, § 4. Fr. 29. 35, § 1. Fr. 39. 40. 42, pr. D., *de iureiurando* 12, 2. — L. 8, C., *eodem* 4, 1. — Combinez Fr. 11, § 1. 3. Fr. 13, § 1. Fr. 29, D., *de iureiurando* 12, 2 et L. 8, C., *h. t.* (*in factum, utilis actio*) avec Fr. 13, § 3. 5, D., *eodem* 12, 2; Fr. 7, § 7, D., *de Publiciana actione* 6, 2 et Fr. 25, § 1, D., *de constituta pecunia* 13, 5.

[5] Fr. 5, § 4. Fr. 17, pr. D., *de iureiurando* 12, 2. — L. 11. 12, pr. C., *eodem* 2, 1.

obligations naturelles, et même l'acceptation des fonctions d'arbitre, *receptum arbitrii,* bien que reconnue obligatoire par l'Édit et sanctionnée par des moyens de contrainte indirects, ne fait pourtant naître aucune action en exécution à charge de la personne qui a accepté [6]. — Enfin, des diverses conventions que l'on a essayé de faire entrer dans la catégorie des pactes prétoriens, nous ne pouvons admettre que deux espèces : le pacte d'hypothèque et le constitut.

Le pacte par lequel nous accordons une hypothèque à un créancier fait naître le droit réel d'hypothèque et l'action hypothécaire qui y est attachée, pourvu que les conditions nécessaires pour l'existence de ce droit se trouvent réunies [7]. Mais quelle est l'obligation qui résulte de ce pacte? Nos sources ne disent absolument rien à cet égard [8] : cependant, par analogie avec l'*actio pignoraticia contraria*, nous devons admettre que celui en faveur duquel le pacte a été conclu aura contre la partie adverse une *in factum actio* en cas d'éviction [9] et du chef des défauts de la chose hypothéquée [10], ainsi que pour le cas où la chose hypothéquée viendrait à périr ou à être détériorée par la faute de celui qui a constitué l'hypothèque [11].

§ 251. *Du constitut* †.

Constituere, dans le sens technique qui nous occupe ici, veut dire : fixer de commun accord un jour pour une prestation à faire [1]. Des conventions de ce genre étaient fréquentes à Rome comme chez nous; mais quand elles n'étaient pas faites de manière à revêtir un caractère contrac-

[6] *Voy.* pour la transaction, ci-après, § 296, et pour le compromis et le *receptum arbitrii,* ci-après, § 257.

[7] *Voy.* tome I, § 156, et Fr. 17, § 2, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 1, pr. D., *de pign. act.* 13, 7. – Fr. 4, D., *de pignoribus* 20, 1.

[8] Cependant Gaius, au Fr. 4, D., *de pignoribus* 20, 1, met le *pactum hypothecæ* sur la même ligne que les contrats consensuels, et indique par là suffisamment qu'il doit produire des obligations analogues à celles qui résultent de ces contrats. « Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet quibus fit verbis : sicuti est in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur... » Cf. Fr. 17, § 2, D., *de pactis* 2, 14.

[9] Soit que le constituant ne fût pas propriétaire, soit qu'il eût caché des hypothèques dont la chose était déjà grevée. Arg. Fr. 9, pr. Fr. 16, § 1. Fr. 32. 36, § 1, D., *de pignor. act.* 13, 7, combinés avec Fr. 1, pr. § 1, D., *eodem. Voy.* ci-dessus, § 242, notes 12 et 13.

[10] Arg. Fr. 1, pr. § 1. D., *de pignorat. actione* 13, 7, combiné avec Fr. 16, § 1, D., *eodem* (ci-dessus, § 242, note 12).

[11] Arg. Fr. 1, pr. § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7, combiné avec Fr. 9, pr. Fr. 13, § 1. Fr. 24, § 3. Fr. 25, D., *eodem*, et Fr. 27, D., *de pignoribus* 20. 1. (Ci-dessus, § 242, notes 11 et 16).

† Paul, II, 2. – § 8. 9, I., *de actionibus* 4, 6. – Tit. D., *de pecunia constituta* 13. 5. – Tit. C., *de constituta pecunia* 4. 18. — Nous avons à mentionner une intéressante dissertation sur le *constitutum debiti,* publiée par M. Bruns, dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* t. I, p. 28-130.

[1] Constituere (*cum-statuere,* statuer ensemble) peut s'appliquer à toute résolution que nous prenons; mais on se sert de ce terme par excellence quand il s'agit de fixer jour (et lieu*) pour

tuel, elles ne faisaient point originairement naître une obligation civile [2]. Cependant, à une époque que nous ne pouvons déterminer avec précision [3], le préteur crut devoir intervenir quand la prestation à effectuer avait pour objet une somme d'argent promise à jour fixe [4]. Le fait de manquer à un engagement de cette nature, par suite duquel le créancier devait se croire autorisé à pouvoir disposer de l'argent au jour convenu, paraissait au magistrat constituer un acte de déloyauté [5], qu'il était de son devoir de punir [6] en donnant au créancier, trompé dans son attente, une *in factum actio,* aux fins d'être indemnisé du préjudice subi [7]. Cette action fut appelée *actio de pecunia constituta* [8].

Telle fut l'origine de l'institution dont nous avons à nous occuper ici et qui reçut dans la suite de grands développements. Privés de renseignements précis pour tracer d'une manière complète la marche historique de ces développements, nous nous bornons ici à dire que l'action du préteur, restreinte d'abord à *pecunia certa* et aux obligations pures et simples [9], finit par embrasser toutes les prestations quelconques susceptibles

une opération déterminée. Parmi le grand nombre de passages d'auteurs anciens qui constatent cette signification, nous nous bornons à citer les suivants : Térence, *Eunuchus,* III, 4, 3 (541)*. — Cic., *de oratore,* I, 62*; *pro Quinctio,* 5; *in Verrem,* II, 2. 27*; *pro Cæcina,* 7. 11; *ad familiares,* VII, 4; *ad Atticum,* I, 7 *. — César, *de bello gallico,* I, 8. — Salluste, *Iugurtha,* 66. — Tite-Live, XXVII, 16 in f. XXXII, 15 *. — Tacite, *Germania,* 11. — Fr. 21, § 1, D., *h. t.* — Fr. 46, §2, D., *de verb. obl.* 45. 1, ci-dessus, § 205, note 45 *in fine.* — Théophile *ad Inst.* IV, 6, 9. — Constituere, dans ce sens, est plus ou moins synonyme de condicere, comme nous l'avons fait observer, en traitant de la *legis actio per condictionem,* t. I, § 45, n° 3, où nous avons donné l'explication de l'intéressant passage de Tacite, *Germania,* 11. « Sic constituunt, sic condicunt ».

[2] Cf. ci-dessus, § 207.

[3] La première trace certaine de l'*actio de constituta pecunia* ne remonte pas au delà de Labéon (Fr. 3, § 2. Fr. 27, D., *h. t.*); mais de Cic., *pro Quinctio,* 5, il est permis de conclure que de son temps le constitut avait déjà un caractère obligatoire.

[4] Le texte de l'édit, passablement altéré, se trouve aux Fr. 1, § 1. Fr. 16, § 2. Fr. 18, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 16, § 4. Fr. 17. 18, pr. D., *eodem.*

[5] *Grave est fidem fallere,* dit le Fr. 1, pr. D., *hoc titulo,* à propos du constitut, tandis que pour les pactes en général on se borne à dire : *Pacta servanda.*

[6] Nous disons : punir. L'*actio de pecunia constituta* avait, en effet, dans son origine une certaine analogie avec l'*actio de dolo.* Aussi Ulpien se demande-t-il si elle est pénale ou répersécutoire (Fr. 18, § 2, D., *h. t.*), et il paraît qu'on a hésité à l'admettre contre les héritiers du constituant. Arg. L. 1. 2, C., *h. t.* Cf. M. Bruns, *l. l.,* p. 67 sqq. — Le caractère quasi-pénal de l'action pouvait, au reste, encore être renforcé au moyen d'une *sponsio pœnalis* que le demandeur avait le droit d'exiger, comme dans la *condictio certæ pecuniæ;* et il est à remarquer que dans notre action le montant de la *sponsio* s'élevait à la moitié de la somme, tandis que dans la *condictio* il n'était que du tiers. Gaius, IV, 171, et t. I, § 70, notes 8. 9.

[7] Au reste, elle ne pouvait avoir d'autre but : particulièrement elle ne pouvait avoir pour objet l'exécution de l'obligation ; car, le jour convenu écoulé, il était matériellement impossible d'exécuter l'engagement qui consistait à payer *die constituto.* Cf. M. Bruns, *l. l.,* p. 57 sqq.

[8] Cf. ci-après, note 31.

[9] *A*) Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Ait Prætor : Qui pecuniam debitam constituit ». — Cf. Gaius, IV, 171, et la fin de la note 6. — *B*) Fr. 3, § 2. Fr. 4. 19, D., *h. t.,* et ci-après, note 19. — *Voy.,* en général, M. Bruns, *l. l.,* p. 50 sq.

de faire l'objet d'un droit d'obligation, et que, si, dans le principe, le constitut supposait la fixation d'un jour, on ne tarda pas à regarder cet élément comme peu essentiel [10], considérant comme l'utilité principale de l'opération l'avantage de donner par simple convention force civile à un rapport obligatoire quelconque. Par suite de ces modifications, l'action qui d'abord avait eu simplement pour but de réparer un préjudice se trouve plus tard assimilée aux actions contractuelles [11]. — Justinien nous apprend qu'à côté de l'action *de pecunia constituta,* et probablement avant elle, il existait un moyen de droit analogue et portant le nom de *recepticia actio* [12]. Cette action, que tout fait présumer être d'origine civile, se donnait contre le banquier, *argentarius,* qui avait pris un engagement à jour fixe [13]. Elle n'était pas limitée aux payements d'argent et se trouvait, sous ce rapport, d'une application plus large que l'action *de pecunia constituta,* qui, de son côté, avait l'avantage de n'être pas restreinte aux banquiers [14]. Justinien fondit les deux actions en une seule, à laquelle il conserva le nom prétorien, tout en l'étendant à toutes les choses qui peuvent faire l'objet d'une obligation, et en lui appliquant le délai ordinaire de la prescription [15].

Pour qu'il y ait constitut, il faut : 1° une dette préexistante [16]. Cette

[10] Fr. 21, § 1, D., *hoc titulo,* ci-après, note 27.

[11] C'est la même marche que nous avons signalée, en traitant des contrats innommés. Là aussi le prêteur commence par donner l'*actio de dolo* ou une *in factum actio* en réparation du préjudice, et la jurisprudence crée plus tard la *præscriptis verbis actio* en exécution de l'engagement. Ci-dessus, § 243, notes 4-20.

[12] § 8, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile *ad h. l.* — L. 2, C., *h. t.* — Recipere est synonyme de *constituere.* Cic., *Philipp.*, V, 18; *ad familiares,* VI, 12. X, 21. XIII, 1. 10. 17. — Nonius Marcellus, v. *Recipere,* promittere, polliceri (ed. Gothofr., n° 399). — Ascon. Pedianus, v. « *Recipitur,* id est promittitur, id est, pro iudicato respondetur » (ed. Gothofr., p. 1363, lin. 24).

[13] Cela se pratiquait surtout quand il s'agissait de faire l'opération que nous faisons aujourd'hui au moyen des *bons* et des *chèques.* Le Romain qui avait des fonds ou du crédit chez son banquier adressait à ce dernier les personnes auxquelles il avait des payements à faire. Le banquier s'engageait à payer, *recipiebat* (*voy.* la note suivante), et sur cette simple promesse, qui correspond à notre *acceptation,* il pouvait être poursuivi au jour de l'échéance, comme s'il y avait eu *stipulatio* ou *litterarum obligatio.*

[14] § 8, I., *de actionibus* 4, 6 et Théophile *ad h. l.* — L'*actio recepticia* différait encore sous d'autres rapports de l'*actio de pecunia constituta.* La première était civile, et partant *perpetua,* tandis que l'autre, d'origine prétorienne, se prescrivait par le laps d'un an. De plus, l'*actio recepticia* était donnée par cela seul que le banquier avait promis, quand même il n'y avait pas d'obligation préexistante; le constitut, au contraire, suppose toujours nécessairement une dette valable qui lui serve de base. L. 2, C., *h. t.*

[15] L. 2, C., *h. t.* « ... Hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus (constituere), non solum res, quæ pondere, numero, mensura consistunt, sed etiam alias omnes... quas in stipulatum possunt homines deducere : neque sit in quocumque casu annalis, sed sive pro se quis constituat, sive pro alio, sit ipsa in tali vitæ mensura, in qua omnes personales actiones positæ sunt, id est, annorum metis triginta... » — § 8, I., *de actionibus* 4, 6.

[16] Fr. 1, § 1. Fr. 5, § 2. Fr. 11. 18, § 1. Fr. 31, D., *h. t.* — L. 1. 2, C., *eodem.* Une *obligatio inanis* ne peut servir de base à un constitut. Fr. 3, § 1, D., *h. t.*

dette peut être soit celle du constituant même, soit celle d'une autre personne. C'est sur cette différence qu'est fondée la division des interprètes modernes en *constitutum debiti proprii* * et *constitutum debiti alieni* *. Ce dernier forme dans le droit nouveau une espèce de cautionnement; aussi nous réservons-nous d'en exposer les règles particulières à l'endroit où nous traiterons de cette classe de conventions accessoires [17]. Il va sans dire que l'on ne peut constituer que des dettes réellement existantes; mais l'origine et la nature de la dette sont indifférentes. Ainsi l'on constitue valablement des obligations résultant de conventions ou de délits [18], des obligations à terme et conditionnelles [19], des obligations civiles et honoraires, ainsi que des obligations purement naturelles [20]. 2° Il faut que nous prenions l'engagement [21] de faire, en faveur de la partie adverse, une prestation qui lui tienne lieu de la créance originaire ou y ajoute un avantage [22]. En ce qui concerne la prestation nouvelle, les parties ont la plus grande latitude [23] : cette prestation peut être la même que celle de l'obligation primitive; elle peut être différente [24]. Mais si la nouvelle promesse comprend plus que l'ancienne dette, elle n'est valable que jusqu'à concurrence de cette dernière [25]. On peut aussi constituer en faveur d'une personne autre que le créancier originaire [26]. — Régulièrement, le constitut, comme son nom l'indique, suppose la fixation d'un jour auquel la promesse sera exécutée; toutefois l'absence d'un délai ne

[17] Le *constitutum debiti alieni* n'est mentionné dans le droit antéjustinien qu'aux Fr. 2. 5, § 2. 3. 4. Fr. 26. 27. 28, D., *h. t.* Justinien lui a consacré les § 8, I., *de actionibus* 4. 6. — L. 3, C., *h. t.* — *Nov.* 4, c. 1; 115, c. 6; 136, præf. et c. 1. *Voy.* ci-après, § 264.

[18] Fr. 1, § 6. Fr. 29, D., *hoc titulo.*

[19] *A*) Fr. 3, § 2. Fr. 4, D., *h. t.* « IV. Sed et si *citeriore* die constituat se solutuirum, similiter tenetur. » — L. 2, *verbis* Et dubitaretur C., *h. t.* — *B*) Fr. 19, pr. D., *h. t.* — L. 2, *verbis* Et dubitaretur C., *h. t.* — Le constitut d'une dette conditionnelle est de droit conditionnel. Fr. 19, pr. D., *cité.*

[20] Fr. 1, § 6. 7. 8. Fr. 21, pr. D., *hoc titulo.*

[21] Il peut paraître inutile de faire observer que rien ne s'oppose à ce que l'engagement soit pris par plusieurs, soit purement, soit solidairement. Fr. 16, pr. D., *h. t.*

[22] Fr. 14, § 1. 2, D., *h. t.* « Si quis constituerit se *pignus daturum*... debet etiam hoc constitutum admitti. Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur... » — Fr. 21, § 2, D., *eodem.*

[23] Constatons que le constitut peut être conditionnel. Fr. 19, § 1, D., *h. t.*, où *utilis* signifie « efficace ». Cf. ci-dessus, note 19 *in fine.*

[24] Fr. 1, § 5, D., *h. t.* « Aliud quam quod debetur. » — Fr. 14, pr. D., *eodem.* « Certam quantitatem sive non. » — Fr. 14, § 1. 2. Fr. 21, § 2, D., *eodem*, à la note précédente. — Fr. 25, pr. D., *eodem.*

[25] Fr. 1, § 5. 8 *verbis* Et ideo. Fr. 2. 11, § 1. Fr. 12. 24, D., *h. t.* C'est à cet ordre d'idées qu'on peut rapporter également les dispositions qui maintiennent le bénéfice de compétence au mari et au donateur ayant fait constitut d'une dette *ex dote* et d'une dette contractée *ex causa donationis.* Fr. 3, p. D., *h. t.* — Fr. 33, pr D., *de donationibus* 39, 5. — Mais nous avons vu ci-dessus, note 19, A, qu'on peut valablement s'engager avant l'échéance de la dette originaire. Fr. 4, D., *h. t.* Cf. ci-après, § 262, notes 6. 7.

[26] Fr. 5, § 2. Fr. 7, § 1, D., *h. t.* — Cf. Fr. 8. 30 D., *eodem.*

vicie pas le pacte, mais la jurisprudence admet alors de droit un terme de dix jours [27]. — Le constitut n'exige aucune formalité : le simple consentement [28], donné verbalement, par écrit, même implicitement [29], suffit pour établir l'obligation qui d'ailleurs peut être contractée par mandataire [30].

Le constitut a pour effet de créer une obligation qui peut être poursuivie par l'action appelée *de constituta pecunia, de constituta, constitutoria* [31]. Cette obligation est soumise aux règles générales qui dominent les obligations conventionnelles [32], tout en présentant deux particularités : d'abord, que la responsabilité de la faute est déterminée par la nature de l'obligation primitive [33]; ensuite que le débiteur ne se trouve pas toujours libéré par l'impossibilité fortuite d'exécuter, mais qu'à cet effet il doit prouver qu'il n'a pas dépendu de lui que l'obligation fût exécutée [34]. — Il importe de faire observer que le constitut n'anéantit ni n'absorbe la créance primitive : les deux obligations subsistent l'une à côté de l'autre, chacune avec ses accessoires et ses modalités [35].

Dans le constitut d'une obligation civile, le créancier a donc le choix entre l'action originaire et l'action du constitut [36]. Ce concours des deux

[27] Fr. 21, § 1, D., *h. t.* « Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas : sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur. » — Cf. ci-dessus, notes 1. 10.

[28] Il faut naturellement que les deux parties aient agi *animo constituentis*, et non pas dans l'intention de faire une autre opération. Fr. 1, § 4, D., *h. t.* Dans la *Novelle* 115, c. 6 in f. il est dit qu'une promesse vague, sans engagement personnel, par ex. *Fiet tibi satis*, ne vaut pas.

[29] § 9, I., *de actionibus* 4, 6 — Fr. 1, pr. Fr. 5, § 3. — Fr. 14, § 3. Fr. 26. 27, D., *h. t.* — A propos du consentement implicite, rappelons l'observation qui termine la note précédente.

[30] Fr. 15, D., *hoc titulo.*

[31] § 8, I., *de actionibus* 4, 6; Fr. 26. 31, D., *h. t.* — Fr. 5, § 1. Fr. 31, D., *h. t.* — Fr. 59, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 20, D., *h. t.*

[32] Fr. 14, § 2. Fr. 16, § 3. 4. Fr. 17. 18, pr. D., *h. t.*

[33] Arg. Fr. 3, pr. D., *h. t.* et Fr. 33, pr. D., *de donationibus* 39, 5. Cette analogie vint à l'appui de la théorie que nous avons émise à propos de la *stipulatio*, ci-dessus, § 246, note 16 et § 173, Observation 2, n° 2.

[34] Dans l'origine, le cas fortuit ne pouvait aucunement être invoqué par le constituant; il n'était à l'abri de l'action que quand l'inexécution provenant du fait ou de l'omission du créancier, *per actorem stetit*. Dans la suite, quand l'action fut considérée comme ayant un caractère contractuel, on commença à traiter le débiteur d'une manière plus favorable; mais l'ensemble des textes et l'analogie de la *stipulatio pœnæ* nous autorisent à admettre la nuance que nous indiquons dans notre texte. Fr. 18, pr. Fr. 16, § 3, D., *h. t.* et ci-après, § 258, note 17.

[35] *Voy.* les textes transcrits et cités ci-après, notes 36. 37. Constatons que l'obligation du constitut peut subsister dans son intégralité, bien que l'obligation primitive subisse des modifications ou vienne même à être éteinte, pourvu que le fait qui amène ces résultats n'agisse pas *ipso facto* sur le mode, l'étendue ou l'existence de l'obligation du constitut. Fr. 18, § 1, D., *h. t.* « .... *Temporali* actione obligatum constituendo.... teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis interierit..... » — Fr. 19, § 2, D., *eodem* et la note suivante.

[36] Il se peut cependant que le constitut influe sur l'exercice de l'action originaire. Ainsi, quand le délai constitué est plus long que celui de l'action originaire, le constitut implique pour

obligations, au reste, n'est pas cumulatif : l'exécution de l'une a pour effet d'amener l'extinction de l'autre [37].

DES PACTES LÉGITIMES.

§ 252. *Observations générales.*

Le jurisconsulte Paul appelle *conventiones legitimæ* celles qui sont confirmées par une loi [1]. Comme, dans la législation proprement dite, nous ne trouvons guère que des ordonnances impériales qui aient donné force civile à de simples conventions, le terme *pacta legitima* est appliqué par les jurisconsultes modernes aux pactes qui ont été sanctionnés par des constitutions impériales. L'exécution de ces pactes peut être poursuivie par une *condictio ex lege* [2].

Le nombre des pactes légitimes est peu considérable. Abstraction faite de quelques cas dans lesquels, contrairement à la règle générale, un prêt d'argent produit des intérêts en vertu d'un simple pacte [3], et de la constitution de Justinien qui, sous certaines conditions, valide les pactes sur une succession future [4], nous n'avons à mentionner que les pactes dotaux et les donations.

La dot peut se constituer soit par la remise des choses qui doivent la composer, soit par l'engagement pris vis-à-vis du mari de lui donner ces choses. Cet engagement ne pouvait se contracter dans l'ancien droit que par le moyen de la stipulation, ou bien, dans certains cas déterminés, à

cette dernière un *pactum ne petatur intra tempus constitutum* ; quand l'obligation originaire est alternative et que le constitut restreint l'obligation à un objet unique, ce dernier seul pourra désormais être exigé. Fr. 25, pr. D., *h. t.* – Cf. Fr. 1, § 5. Fr. 5, § 1. Fr. 8. 10, D., *eodem*. Fr. 59, D., *de solutionibus* 46, 3.

[37] Fr. 18, § 1, D., *h. t.* – Fr. 18, § 3, D., *eodem*. « Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione : quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. » – Fr. 19, § 2, D., *eodem*. – Fr. 28, D., *eodem*. « Ubi quis pro alio constituit se solutum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet. » – Fr. 15, D., *de in rem verso* 15, 3. – Cf. Fr. 36, D., *de iureiurando* 12, 2. — Si le débiteur, après avoir satisfait à l'une des obligations, est poursuivie en exécution de l'autre, il opposera l'*exceptio doli* jusqu'à concurrence de la dette la plus importante; si, par erreur, il a acquitté les deux obligations, il usera de la *condictio indebiti* dans la même proportion. Fr. 9. 10, D., *h. t.* – Fr. 28, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 38, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3.

[1] Fr. 6, D., *de pactis* 2, 14. « Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties lege vel senatus-consulto adiuvatur. »

[2] Fr. un. D., *de condictione ex lege* 13, 2. — Cf. ci-dessus, § 194, note 18.

[3] Par exemple, pour des prêts de denrées alimentaires (L. 12, C., *de usuris* 4, 32. Cf. L. 23, C., *eodem* et ci-dessus, § 182, A, et § 234); pour des prêts faits par le fisc ou par certaines villes (Fr. 30. 43, D., *eodem* 22, 1); pour la *pecunia traiecticia* (ci-dessus, § 235). — *Voy.* en général, *Nov.* 136, c. 4, et ci-dessus, § 235, note 7.

[4] L. 30, C., *de pactis* 2, 3. *Voy.* ci-dessus, § 199, note 7 et § 209, notes 14. 15.

l'aide d'une forme moins rigoureuse qu'on appelait *dotis dictio*[5]. La simple promesse ne produisait point d'obligation civile. Une constitution de Théodose II modifia cet état de choses, en accordant au mari une action en exécution de la promesse faite par un simple pacte[6]. C'est pourquoi le pacte dotal figure dans le droit nouveau parmi les pactes légitimes.

La législation sur les donations a subi chez les Romains des changements très-considérables. Les mœurs et les lois se sont toujours montrées très-sévères à l'égard des libéralités faites par actes entre-vifs, en les entourant de difficultés nombreuses dont nous donnerons un aperçu rapide dans le paragraphe suivant. Justinien, abandonnant la voie que la jurisprudence avait constamment suivie, et se portant à un autre extrême, déclara valable la simple promesse de donner, et y attacha une action en exécution. C'est à ce titre que nous avons à mentionner les donations au chapitre *Des pactes légitimes*, et peu de mots suffiraient pour en finir sous ce rapport. Mais la difficulté de trouver un autre endroit convenable pour exposer les principes qui sont communs à toutes les donations, tant à celles qui se font par simple pacte qu'à celles qui s'opèrent d'une autre manière quelconque, nous engage à saisir cette occasion de traiter des donations en général.

§ 253. *Des donations* †. — *Formes de la donation. Développement historique.*

La donation est un acte de libéralité par lequel une personne entend se dépouiller de tout ou partie de son patrimoine, afin d'enrichir l'autre personne en faveur de laquelle l'opération a lieu. Pareille libéralité peut se faire de plusieurs manières différentes que nous classerons, pour la facilité[1] de notre exposition, en trois catégories : *dando*, c'est-à-dire par le transfert d'une chose corporelle, d'un *ius in re* ou d'un droit d'obligation[1]; *liberando*, lorsque le donateur libère le donataire d'une dette ou d'une charge quelconque; *promittendo*, lorsque le donateur *s'engage* à se dépouiller en faveur du donataire. Chez les anciens, la donation s'opérait *dando* au moyen des modes ordinaires de transfert, savoir : *mancipatio, in iure cessio* ou *traditio,* quand il s'agissait de droits réels,

[5] Ulpien, VI, 1. « Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. » *Voy.* ci-dessus, § 245, note 7 et ci-après, t. III, § 310.

[6] L. 4, Th. C., *de dotibus* 3, 13, reproduite avec un léger changement par Justinien, L. 6, C., *de dotis promissione* 5, 11. *Voy.* ci-après, t. III, § 310.

† Paul, *de donationibus* V, 11. — *Vaticana fragm.* 248-316. — Tit. Th., C., *de donationibus* 8, 12. — Tit. I., *eodem* 2, 7. — Tit. D., *eodem* 39, 5. — Tit. I. C., *eodem* 8, 54.

[1] Il est utile de faire cette observation pour justifier et expliquer le sens du mot dare, qui, dans notre analyse, a une signification bien plus large que dans le langage technique romain, où il ne comprend que le transfert du droit de propriété ou d'un *ius in re*. Cf. ci-dessus, § 169, note 6.

cession ou novation pour les obligations. Elle se faisait *liberando* ou *promittendo* au moyen de conventions. Pour la libération, un simple pacte pouvait suffire, puisqu'il donnait au donataire une *exceptio doli*, et le mettait ainsi à l'abri de toute poursuite en payement; pourtant il y avait un moyen plus efficace, c'était de donner à la libération la forme civile de l'*acceptilatio*, qui avait pour effet d'éteindre entièrement la créance dont on voulait faire la remise [2]. Ce qui était utile dans les libérations était indispensable dans les donations qui se faisaient *promittendo*. La simple convention, en effet, n'aurait créé, dans ce cas, qu'une obligation naturelle dont le donataire, faute d'action, n'aurait jamais pu poursuivre l'accomplissement. Il fallait donc se servir de la forme civile de la *stipulatio*, jusqu'à ce que Justinien accordât une action en vertu de la simple promesse de donner, ce qui a fait donner à cette convention la qualification de *pactum legitimum* [3]. — Mais encore sous Justinien, les donations demeurent soumises à quelques restrictions dont l'origine se trouve dans plusieurs lois antérieures [4].

La première de ces lois est le célèbre plébiscite du tribun M. Cincius Alimentus, rendu vers l'an 550 de Rome, *lex Cincia de donis et muneribus* [5]. Cette loi fixa d'abord un maximum au delà duquel aucune donation ne pourrait être faite [6], sans que cependant la contravention à cette défense fût frappée de nullité. C'est pourquoi ce plébiscite est appelé une *lex imperfecta*, c'est-à-dire une loi prohibitive sans sanction [7]. Mais tout en ne prononçant pas la nullité de la donation faite au mépris des dispositions légales, le plébiscite fournissait au donateur divers moyens de la

[2] *A*) Fr. 9, pr. D., *h. t.* — *B*) Fr. 17, D., *h. t.* — L. 2, C., *de acceptilatione* 8, 34. Cf. ci-après, § 295.

[3] L. 35, § 5, C., *hoc titulo.* — § 2, I., *eodem.*

[4] Il peut paraître étrange que les Romains, dont on ne vante point le caractère généreux, aient pris tant de précautions contre l'abus des donations. Mais le fait n'est pas plus étonnant que les dispositions contre les mésalliances prises à des époques où les nobles n'étaient guère disposés à se confondre avec le peuple.

[5] Cic., *de oratore*, II, 71; *de senectute*, 4. — Tite-Live, XXXIV, 4. Elle est aussi appelée *lex muneralis* d'après l'autorité de Plaute et de Festus, v. *Muneralis*. Nous en donnons ci-après les dispositions importantes pour notre matière, en laissant de côté quelques détails qui, à d autres titres, peuvent avoir une certaine importance relative, par exemple, la défense faite aux avocats de recevoir des donations en récompense de leurs plaidoiries. Ci-dessus, § 225, note 23 et t. I, nos 136 in f. 197.

[6] Ulpien, Pr. 1, à la note suivante. — Paul, V, 11, 6. — *Vaticana fragm.* 304. — Fr. 21, § 2. Fr. 24, D., *h. t.* — Fr. 5, § 2. 5, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. — Le maximum fixé par la loi est inconnu; toutes les hypothèses des érudits, inventées à l'effet d'en découvrir le chiffre, sont dénuées de fondement.

[7] *Voy.* tome I, no 115. Le passage d'Ulpien, Pr. § 1, qui s'y rapporte est mutilé. Cujas a essayé de le restituer de la manière suivante : « *Imperfecta lex est, veluti Cincia, quæ supra certum modum donari* prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit. » Une autre restitution, plus en harmonie avec le reste du passage d'Ulpien, a été proposée par M. Schilling : « *Perfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit,*

rendre inefficace, moyens que la jurisprudence chercha à développer davantage. C'est, au reste, une question controversée que celle de savoir si ces moyens, dont nous allons présenter une analyse rapide, étaient donnés contre toutes les donations en général ou seulement contre celles qui excédaient le maximum. Ceux qui soutiennent la première opinion prétendent implicitement que toute donation pouvait être annulée de fait; les partisans de la seconde, au contraire, arrivent à la conclusion que les donations immodérées même pouvaient devenir valables, si le donateur négligeait d'employer les moyens de rescision. Il est difficile de se prononcer dans cette controverse; car si la rédaction générale des dispositions légales qui nous ont été conservées semble militer en faveur de la dernière de ces deux opinions [8], il est incontestable que la première est plus conforme à l'esprit de ces mêmes dispositions. Quoi qu'il en soit, nous nous abstiendrons d'entrer dans les détails de cette controverse qui, d'ailleurs, n'a aucune importance théorique, et nous nous bornerons à exposer rapidement les divers moyens tels qu'ils se trouvent développés du temps des jurisconsultes classiques [9].

1° La donation faite *promittendo* n'était obligatoire que quand elle avait été revêtue de la forme de la stipulation. Mais encore dépendait-il du donateur de la rendre entièrement inefficace, soit en opposant l'*exceptio legis Cinciæ* ou une *in factum exceptio* à l'action *ex stipulatu* [10], soit même en répétant par la *condictio indebiti* ce qu'il avait donné en exécution de sa promesse [11]. — 2° Lorsque la donation avait été faite *liberando*, il n'y

qualis est... Imperfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, nec pœnam iniungit ei qui contra legem fecit; qualis est lex Cincia, quæ plus quam... donari prohibet, exceptis quibusdam, etc. » Cujas et Schilling partent de l'idée que, dans ce passage, Ulpien a entendu parler de la loi Cincia. Cela n'est directement prouvé par aucun témoignage; mais, d'après les renseignements que nous possédons, il est évident que, dans ce texte, il ne saurait être question d'aucune autre loi.

[8] Il faut pourtant excepter trois fragments du Digeste : Celsus, Fr. 21, § 1, D., *h t.* — Javolenus, Fr. 24, D., *eodem.* — Paul, Fr. 5, § 2. 5, D., *de doli mali exc.* 44, 4. Mais comme ces passages ont évidemment été altérés par les compilateurs du Digeste, ils ne sont pas absolument décisifs, bien qu'il soit peu probable que les locutions qui se rapportent à notre question (*immodicæ donationis, supra modum legis, supra legitimum modum*) puissent devoir leur origine à des interpolations. Cf. ci-après, notes 16. 17.

[9] Notre principale source dans cette matière est le sixième chapitre des *Vaticana fragmenta*, qui porte le titre : *De donationibus ad legem Cinciam* et qui comprend les fragments 266 à 316.

[10] *Vaticana fragm.* 266. 267. 311. Cf. Fr. 310. « Perficitur donatio in *exceptis personis* sola mancipatione vel *promissione;* quoniam neque Cinciæ legis exceptio obstat neque in factum : si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum... » — Le fragment 266 nous dit que l'*exceptio Cinciæ* (*legis*) peut être opposée non-seulement par le donateur, mais encore (ut Proculeiani contr.. ab... putant) *a quovis, quasi popularis sit hæc actio.* Le sens de cette dernière phrase n'est pas parfaitement clair.

[11] *Vaticana fragm.* 266. « ... Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit : unde si quis, contra legem Cinciam obligatus, non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse... » Cf. Fr. 21, § 1, D., *h. t.*, ci-après, note 16. Le *Vatic. fragm.* 266, qui

avait probablement pas à revenir sur la libération, si elle avait été revêtue de la forme de l'acceptilation [12], tandis qu'il est vraisemblable que, dans le cas où la remise avait été faite par un simple *pactum ne petatur*, on accordait au donateur une *replicatio legis Cinciæ* contre le débiteur qui aurait voulu se prévaloir de ce pacte [13]. — 3° Quand le donateur avait cédé une créance, en constituant le donataire *procurator in rem suam*, l'opération n'était irrévocable, d'après les principes généraux, que lorsque le *procurator* avait procédé à la *litiscontestatio*, ou obtenu le payement de la créance cédée [14]. Le transfert d'une créance par novation, *delegatio* ou *expromissio*, était efficace en ce sens que la personne qui, sur la demande du donateur, s'était engagée envers le donataire pouvait être contrainte par celui-ci au payement de la somme qu'elle avait promise [15]; mais, d'après un fragment de Celsus [16], il paraît que le donateur lui-même avait le droit de faire rescinder ou réduire la délégation, tant que le payement n'avait pas eu lieu, et que, même après le payement effectué, il pouvait répéter ce qui avait été payé par le délégataire, tout comme s'il avait fait lui-même un payement indû [17]. — 4° C'est la donation qui se fait *dando* qui offre le plus de complications. Le transfert de la propriété devait se faire pour

est d'Ulpien, se trouve reproduit au Fr. 26, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6; mais les compilateurs se sont arrêtés au premiers mots du passage que nous avons transcrit, en retranchant tout ce qui vient après *repeti poterit*, ou plutôt en le remplaçant par les mots suivants : « nisi sciens, se tutum exceptione, solvit. »

[12] Arg. Fr. 17, D., *h. t.* – L. 2, C., *de acceptilatione* 8. 44. Cf. ci-après, § 295. *Voy.* cependant les passages cités, ci-après, aux notes 16. 17.

[13] Arg. Fr. 1, § 1, D., *quibus modis pignus solvitur* 20. 6. « Cum venditor... residuum pretium emtori, *litteris ad eum missis*, donasset... inutilem pecuniæ donationem Lex facit... » *Voy.*, au reste, sur le *pactum ne petatur*, ci-après, § 295.

[14] Arg. *Vaticana fragm.* 263. – Fr. 11, § 1, D., *de novationibus* 46. 2. Cf. ci-dessus, § 187, notes 3-6, et § 189, notes 17. 18. — Mais *voy.* aussi, ci-après, les notes 16. 17.

[15] *Vaticana fragm.* 263. – Fr. 2, § 2. Fr. 21, § 1, D., *h. t.* – Fr. 11, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. — D'après le *Vatic. fragm.* 266, cité à la note 10, on pourrait s'attendre à ce que le délégataire poursuivi en payement eût pu opposer l'*exceptio legis Cinciæ quasi popularis;* mais les Fr. 21, § 1, D., *h. t.*, et Fr. 5, § 5, D., *de doli exceptione* 44, 4, lui refusent toute exception, *quoniam creditor suum petit.*

[16] Fr. 21, § 1, D., *h. t.* « Sed si debitorem meum tibi donationis immodicæ causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione, nec ne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest : quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris. Sed ego (si quidem pecuniæ a debitore meo nondum solutæ sint) habeo *adversus debitorem rescissoriam* in id, quod supra Legis modum tibi promisit : ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus. Sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. » Le *modus legis* dont parle ce texte est, dans la législation de Justinien, le chiffre de 500 solides, au delà duquel la donation n'est valable qu'à la condition d'être insinuée dans les actes publics (ci-après, § 254, notes 10 sqq.). Mais Celsus n'a évidemment pu songer qu'à la loi *Cincia*. Seulement, il est évident que le texte a été sensiblement altéré par les rédacteurs du Digeste : l'action *rescissoire* contre le débiteur est particulièrement bizarre.

[17] Cf. *Vaticana fragm.* 266, ci-dessus, note 11. Au Fr. 5, § 5, D., *de doli mali exc.* 44, 4, Paul donne une décision analogue (moins la *rescissoria actio* contre le débiteur) pour le cas où la

les *res mancipi* au moyen de la mancipation ou de la *in iure cessio* [18]. Pour les *res nec mancipi*, la tradition suffisait [19]. Or, si le donateur avait fait tradition d'une *res mancipi* sans la manciper, il pouvait la revendiquer sans craindre que le défendeur lui opposât l'*exceptio rei traditæ*, qui devait céder devant la *replicatio legis Cinciæ* [20]. Si le donateur avait mancipé la chose donnée sans en faire tradition, il pouvait la garder et repousser la revendication du donataire au moyen de l'*exceptio legis Cinciæ* [21]. Enfin, s'il avait mancipé et délivré une *res mancipi* ou fait tradition d'une *res nec mancipi*, la propriété civile et naturelle était, à la vérité, passée au donataire, mais encore la donation n'était pas considérée comme parfaite, au moins en ce qui concernait les objets mobiliers. Le donateur pouvait la résilier en intentant l'*interdictum utrubi*. Dans cet interdit, en effet, la victoire appartenait, du temps des jurisconsultes classiques, à celui qui, dans l'année avant le procès, avait possédé la chose le plus longtemps [22]. Le donataire n'était donc entièrement sûr de sa possession qu'après un espace de six mois. Il était également propriétaire irrévocable quand il avait acquis le domaine quiritaire au moyen de l'usucapion [23]. — Toute donation non révoquée devenait parfaite et irrévocable par la mort du donateur. Si l'héritier essayait de se prévaloir des dispositions de la loi *Cincia*, le donataire pouvait le repousser par l'*exceptio doli* [24]. — Comme dans la plupart des lois restrictives, on avait fait des exceptions en faveur de certaines personnes privilégiées, *personæ exceptæ* [25], notamment en faveur des proches cognats et alliés, des époux,

delegatio ou *expromissio* s'est faite sans obligation préexistante à la charge du délégataire ou expromettant. Cf. ci-après, § 260, note 8; § 293, note 4, et t. III, §§ 310. 311. 313.

[18] Nos sources ne parlent, en général, que de la *mancipatio*, qui était en effet le mode le plus usité de transférer la propriété romaine des choses corporelles. Mais les mêmes règles s'appliquent au transfert opéré par *in iure cessio*. Cela résulte des principes généraux, et se trouve confirmé par une constitution de Dioclétien au *Code Hermogénien*, VII, 1. « ... res, quæ donatione, mancipatione vel in iure cessione transferuntur... »

[19] *Vaticana fragmenta*, 311. 313. 316.

[20] Cela résulte de la combinaison des *Vaticana fragmenta* 266 et 266*a* avec les principes de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. *Voy.* t. I, § 120, notes 24 sqq.

[21] *Vaticana fragm.* 310. 313. Cf. Fr. 5, § 2, D., *de doli mali exc.* 44. 4. L'exception pouvait aussi, selon les circonstances, être *in factum concepta* : SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAVI. *Vaticana fragm.* 310, ci-dessus, note 10.

[22] *Vaticana fragm.* 311. « Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem : in rebus mobilibus, etiam si traditæ sint, exigitur, ut et interdicto *Utrubi* superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata est, sive nec mancipi tradita. » Cf. *Vaticana fragmenta*, 313 et 273. « ... quæ... maiore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt... » *Voy.*, sur cet effet de l'*interdictum utrubi*, qui n'existe plus dans le droit nouveau, ci-dessus, t. I, § 89, notes 10. 18.

[23] *Vaticana fragm.* 293. « ... quæ mancipi sunt, usucapta... avocari non possunt... » Cf. *ibidem*, 259. « ... servos autem et pecora quæ collo vel dorso domantur, usucapta... »

[24] *Vaticana fragm.* 259. « ... morte Cincia removetur. » — *Vaticana fragm.* 266. 272. 276. 277. 278. 281. 294. 312.

[25] PAUL, V, 11, 4. — *Vaticana fragm.* 298-310. — L. 4. Th. C., *de donationibus* 8, 12.

des pupilles, etc. [26]. Ces priviléges furent encore étendus par Antonin le Pieux, qui déclara toute donation entre parents et enfants parfaite par la simple convention, disposition qui fut plus tard généralisée par Justinien [27].

La loi *Cincia* resta en vigueur jusqu'au temps de Constantin. Elle n'a jamais été abolie, que nous sachions, d'une manière positive; mais il est naturel que les changements qui s'étaient opérés dans le transfert de la propriété, et notamment la disparition de la *mancipatio*, aient amené de fait l'abrogation des dispositions les plus importantes de cette loi restrictive. Peu à peu l'usage s'était introduit de donner plus d'authenticité à la donation, en la rédigeant par écrit [28] ou même en la faisant transcrire dans les registres publics, *insinuatio*, *testificatio actorum* [29]. Le père de Constantin, Constance Chlore, érigea cet usage en loi [30]. Constantin étendit et généralisa cette disposition, en exigeant, pour la perfection de toute donation, la réunion des trois éléments suivants : rédaction par écrit, tradition devant témoins, enregistrement ou insinuation [31]. La loi de Constantin fut suivie d'autres constitutions de ses successeurs, qui la confirmèrent on y apportèrent des modifications [32]. Enfin Justinien établit des principes plus larges. D'après lui, la simple promesse donne une action en exécution [33]. Ni rédaction par écrit, ni tradition ou mancipation ne sont plus requises; mais l'insinuation est encore nécessaire pour toute donation qui excède la somme de cinq cents solides, sous peine de nullité pour l'excédant [34].

[26] Comment concilier ce privilége accordé aux époux avec la disposition du droit qui frappe de nullité les donations entre époux (ci-après, § 254, note 9)? Il faut admettre ou bien que cette disposition est postérieure à la loi Cincia (ce qui, au reste, ne nous avance guère, puisque dans tous les cas les donations entre époux étaient frappées de nullité à l'époque où les *Vaticana fragmenta* furent composés), ou plutôt que ce privilége ne s'applique qu'au cas où une donation entre époux peut être valable, par exemple, la *donatio mortis* ou *divortii causa*.

[27] *Vaticana fragm.* 314. — L. 4, Th. C., *de donationibus* 8, 12. Cf. L. 5, Th. C.; *eodem*, et Paul, IV, 1, 11.

[28] *Vaticana fragm.* 297.

[29] *Vaticana fragm.* 266. 266*a*. 285. — *Codex Gregor.* XIII, 2, 1. — Cf. L. 1, Th. C., *de sponsalibus* 3, 5.

[30] L. 1, Th. C., *de sponsalibus* 3, 5. — L. 3, Th. C., *de donationibus* 8, 12.

[31] Toutefois, l'inobservation de ces formalités n'annulait pas nécessairement la libéralité; seulement, le juge ne devait pas facilement admettre de pareilles donations. « Quod si... orba publico testimonio liberalitas cœcam gratiam obscurosque cœtus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum quæ donata dicuntur *temere non erit fides accipienda.* » Le texte de la constitution fort longue de Constantin se trouve dans les *Vaticana fragmenta* 249. Elle est reproduite avec de grands changements dans la L. 1, Th. C., *de donationibus* 8, 12, et dans la L. 25, I. C., *eodem* 8, 54.

[32] L. 6-9. Th. C., *h. t.* 8, 12. — L. 28. 34, I. C., *eodem* 8, 54. Cf. ci-après, § 254, note 10.

[33] L. 35, § 5, I. C., *h. t.*, 8, 54. — § 2, I., *eodem* 2, 7.

[34] L. 36, § 3, I. C., *h. t.*, 8, 54 (cf. L. 34, pr. I. C., *eodem*). — § 2, I., *eodem* 2, 7.

§ 254. *Notion et conditions requises pour la validité des donations.*

La donation, conformément à la définition que nous en avons donnée au commencement du paragraphe précédent, exige la réunion des conditions suivantes : 1° Une libéralité. Il faut que l'avantage soit accordé au donataire sans nécessité juridique, *nullo iure cogente* [1]. 2° Mais tout acte de libéralité ne constitue pas une donation [2]. Il faut de plus que l'acte ait pour effet de dépouiller le donateur [3]. La nature du droit dont le donateur se dépouille est indifférente, pourvu qu'il fasse partie de son patrimoine [4]. Il n'est pas nécessaire que le donateur le perde actuellement ; il suffit que l'acte entraîne pour lui la nécessité juridique de se dépouiller [5]. 3° L'intention du donateur doit être d'enrichir le donataire, *donandi animus* [6], et ce résultat doit dériver de la nature même de l'acte et non pas de circonstances accidentelles, ou, comme les Romains disent, l'acte doit contenir une *causa lucrativa* [7]. — La donation implique toujours aliénation : il s'ensuit que les personnes qui ne peuvent aliéner sont incapables de faire une donation. La loi a encore ajouté à cette incapacité, en

[1] Fr. 1, pr. D., *h. t.* — Fr. 29, D., *eodem.* « Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. » Cf. ci-après, note 6.

[2] Ainsi le commodat et le dépôt, tout en étant des actes de libéralité de la part du commodant et du dépositaire, ne sont pas des donations, parce que la condition sous n° 2 ne s'y trouve pas. Combinez les Fr. 9, pr. Fr. 14. 27, D., *h. t.*, avec l'observation qui termine la note suivante.

[3] Ceci implique donc toujours de la part du donateur un acte positif. Une simple omission de notre part ne constitue point une donation, quand même elle aurait pour effet d'enrichir une autre personne. Négliger de s'enrichir n'est pas *donare* (Fr. 28, pr. D., *de verb. sign.* 50, 16. Arg. Fr. 45, pr. D., *de iure fisci* 49, 14. — Fr. 5, § 15. 14. Fr. 5, § 15. Fr. 31, § 7, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1). C'est par le même motif que l'on ne considère pas comme donations : le payement anticipatif d'une dette à terme (Fr. 31, § 6, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. Cf. ci-dessus, § 185, notes 1. 2. 7); la remise d'un droit de gage (Fr. 1, § 1, D., *quibus modis pignus solv.* 20, 6); la remise d'une *obligatio inanis* (Arg. Fr. 3, D., *de cond. sine causa* 12, 7). Au reste, il faut toujours, dans cette appréciation, examiner les circonstances particulières de l'espèce qu'il s'agit de juger.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 253, au commencement.

[5] C'est pourquoi la *promesse* de donner constitue une *donation*, ci-dessus, § 253, note 7.

[6] C'est par ce motif que l'on ne considère pas comme donations : le fait de laisser usucaper une chose sans l'intention d'amener ce résultat (Fr. 5, § 15, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. Cf. Fr. 44, D., *eodem*, et ci-après, t. III, § 317, note 3); l'exécution d'une obligation naturelle (Fr. 19, § 4, D., *h. t.*). *Quid* du cautionnement ou de la constitution d'un gage pour la dette d'autrui? Ces actes ne constituent pas des donations à l'égard du créancier ; mais ils prennent ce caractère vis-à-vis du débiteur, quand ils se font *donandi animo* (Fr. 32, D., *de pactis* 2, 14; Fr. 4, D., *de negotiis gestis* 3, 5; Fr. 6, § 2, D., *mandati* 17, 1 ; Fr. 9, § 3, D., *ad Sc. Maced.* 14, 6). — Lorsqu'il y a dans le même acte enrichissement et dépouillement des deux côtés, et que ces deux résultats se compensent, il n'y a pas de donation. *Voy.* ci-après, § 256, n° 3, la *donatio sub modo.*

[7] Ce terme, au reste, ne sert pas exclusivement à désigner l'enrichissement par donation : il est employé toutes les fois que nous acquérons quelque chose, sans que nous donnions autre chose en échange. *Voy.*, entre autres, Gaius, II, 56 sqq., et ci-dessus, t. I, § 110, notes 31. 35.

privant certaines personnes, d'ailleurs capables d'aliéner, de la faculté de donner. Ainsi : *a*) Les mineurs, bien qu'en général ils puissent aliéner leurs immeubles avec l'autorisation du magistrat, ne peuvent point en disposer *donandi animo;* pourtant pareille donation devient valide, si elle n'est pas attaquée dans les dix ans qui suivent la majorité du donateur [8]. *b*) La loi frappe de nullité les donations entre époux, *donationes inter virum et uxorem* [9].

A ces éléments intrinsèques la loi a ajouté, comme une condition de validité, la formalité de l'insinuation, quand la valeur de la donation dépasse la somme de cinq cents solides [10]. Cette formalité avait le double but, d'abord de fournir un moyen de preuve, ensuite d'empêcher que des donations importantes ne fussent faites sans mûre réflexion. La valeur de la donation se détermine par ce dont le donataire se trouve enrichi en vertu de l'acte même. Les fruits de la chose n'entrent pas en compte, à moins qu'ils ne constituent le véritable objet de la donation [11]. Si la chose donnée est grevée de charges, on doit les déduire de la valeur de la chose [12]. — L'inobservation de cette formalité entraîne la nullité de la donation pour l'excédant de la somme de cinq cents solides, de telle sorte que l'acte ne peut pas même servir de titre à l'usucapion [13]. Si quelqu'un fait à la même personne, mais à différentes époques, plusieurs donations dont chacune est moindre de cinq cents solides, mais qui toutes ensemble

[8] L. 3 in f., C., *si maior factus* 5, 74 « ... Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, ... non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post xxv annos impletos, inter præsentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore adquiescente effluxerit... »

[9] Tit. D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. — Tit. C., *eodem* 5, 16. Cette nullité était, au reste, soumise à certaines exceptions, que nous exposerons ci-après, en traitant du mariage, t. III, § 317.

[10] Le mot *insinuatio* est devenu le terme technique pour désigner cette formalité. Dans les lois, on trouve plus fréquemment *actorum* ou *gestorum testificatio, confectio... apud suum ordinarium iudicem,* etc. — La formalité, comme nous l'avons dit au § 253, note 30, s'était introduite par l'usage et fut consacrée pour toutes les donations par Constance Chlore et Constantin. Théodose II en affranchit les donations à cause de noces, *donationes ante nuptias,* qui n'excéderaient pas 200 *solidi* (L. 8, Th. C., *de sponsalibus* 3, 5). Justinien étendit cette exemption à toutes espèces de donations au-dessous de 300 *solidi* (L. 34, pr. C., *h. t.*), somme qu'il porta plus tard à 500 *solidi* (L. 36, § 3, C., *h. t.*). — Le *solidus* est communément évalué à environ 15 francs. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 28, note 11.

[11] Arg. Fr. 9, § 1. Fr. 11, D., *hoc titulo.*

[12] Fr. 18, § 3, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6. — Arg. Fr. 1, § 16, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — Cf. Fr. 22, § 4. Fr. 45, § 1. Fr. 68, pr. Fr. 82, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2.

[13] L. 34, C., *h. t.* 8, 54. Il s'ensuit que le donateur qui a déjà exécuté peut répéter l'excédant au moyen de la *condictio indebiti* (Fr. 21, § 1, D., *h. t.* et Fr. 5, § 5, D., *de doli mali exceptione* 44, 4, ci-dessus, § 253, notes 16. 17). Si l'objet de la donation n'est pas une somme d'argent, il deviendra commun entre le donateur et le donataire, de telle sorte que le donataire aura acquis la propriété d'une partie dont la valeur est de 500 solides, tandis que le donateur conserve la propriété du reste. Dans ce cas, le propriétaire de la partie majeure a le droit de forcer son copropriétaire à céder sa part moyennant payement de l'estimation. L. 34, § 2, C., *hoc titulo.*

dépassent cette somme, l'insinuation n'est pas requise, à moins que les diverses donations ne consistent en prestations régulières qui forment en réalité un ensemble, par exemple, des pensions ou rentes annuelles [14]. — Sont exemptées de cette formalité : les donations faites par le prince et sa femme ou en leur faveur [15]; les donations faites pour racheter des prisonniers de guerre, et pour la réparation ou reconstruction de maisons [16]; la remise d'intérêts non encore échus [17]; les donations faites en vne d'un mariage, *dotis causa* [18]; enfin les donations à cause de mort [19].

N'oublions pas de faire observer que la donation ne se présente pas toujours nécessairement sous la forme d'une convention. Souvent elle constitue un acte unilatéral, fait uniquement par le donateur, sans que la volonté du donataire ait besoin d'y concourir [20]. Mais quand elle se fait par convention, il va sans dire que le consentement des deux parties est indispensable : il ne suffit pas de la volonté du donateur : il faut de plus que la libéralité soit acceptée par le donataire [21]. Tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, la donation n'est pas parfaite et peut être rétractée par le donateur, de même que la mort de ce dernier rend l'acte entièrement inefficace [22].

§ 255. *Effets de la donation.*

Pour exposer les effets de la donation, nous devons tenir compte de la manière dont elle a été faite.

La donation faite *dando* a pour effet de transférer au donataire le droit qui en fait l'objet. Ainsi la tradition de la chose donnée en transfère la propriété au donataire, si le donateur lui-même en était propriétaire. Dans le cas contraire, le donataire pourra usucaper la chose *pro donato,* pourvu que les conditions requises pour l'usucapion ne fassent pas défaut [1]. —

[14] L. 34, § 4, C., *hoc titulo.*

[15] L. 34, pr. C , *hoc titulo.* – *Nov.* 52, c. 2.

[16] « In causas piissimas. » L. 34, pr. L. 36, pr. C., *h. t.* – L. 36, § 2, C., *h. t.*

[17] Arg. Fr. 23, pr. D., *hoc titulo.*

[18] L. 31, pr. C., *de iure dotium* 5, 12.

[19] Cette question est sujette à des controverses qui n'offrent aucun intérêt théorique. *Voy.* ci-après, t. III, § 450.

[20] Exemples : la constitution de dot faite par un étranger peut constituer une donation en faveur de la femme, quan même celle-ci n'en aurait point connaissance (Fr. 33 in f. Fr. 43, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3, et ci-après, t. III, § 309 *in fine*). Il en est de même des impenses que nous faisons *donandi animo* sur la propriété d'un autre (Fr. 14, D., *h. t.*) et du payement ou de l'*expromissio* que nous faisons en faveur d'un autre, même à son insu. Fr. 23, D., *de solutionibus* 46, 3.

[21] Fr. 19, § 2, D., *h. t.* – Fr. 5, D., *de pollicitationibus* 50, 12. – Fr. 69, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[22] Fr. 2, § 6, D., *h. t.* – L. 8, C., *de oblig. et actionibus* 4, 10.

[1] Tit. D., *pro donato* 41, 6. – Tit. C., *eodem* 7, 27. – Fr. 13, pr. D., *de mortis causa donat.* 39, 6. – Cf. ci-dessus, t. I, § 113, notes 34. 43.

Des effets analogues se produiront quand c'est un *ius in re* qui est l'objet de la donation, le tout conformément aux principes généraux. — Le transfert d'une créance donne au donataire le droit d'en poursuivre l'exécution, soit comme *procurator in rem suam* [2], soit comme créancier en son nom propre, selon que le transfert s'est fait par cession ou par novation [3].

La donation faite *liberando* a pour effet de libérer le donataire de la dette qui en fait l'objet, soit que la dette se trouve entièrement éteinte, comme dans l'acceptilation et dans d'autres cas analogues, soit que le débiteur ait au moins le droit de repousser par une exception la demande qu'on voudrait encore diriger contre lui, ce qui a lieu quand les parties ont donné à la donation la forme d'un simple pacte rémissoire [4].

La donation faite *promittendo* donne au donataire une action afin d'exiger l'exécution de la promesse. Cette action sera une *actio ex stipulatu*, si l'engagement a été revêtu de la forme de la stipulation. Mais depuis la réforme de Justinien, le simple pacte suffit pour donner au donataire une action que les jurisconsultes modernes ont l'habitude de nommer *condictio ex lege* 35, § *ult.* C., *de donationibus* [5].

Dans l'exécution de ses obligations, le donateur est tenu du dol et de la faute lourde, mais point de la faute légère [6]. Une disposition formelle de nos lois affranchit le donateur de la garantie des défauts de la chose donnée [7]. D'autres passages en disent autant de la garantie du chef d'éviction, et cette solution est évidemment conforme aux principes généraux et à l'équité [8]. Cependant, on a prétendu que, dans les promesses de donation ayant pour objet la dation d'un *genus*, deux fragments de Pomponius [9] assimilaient le donateur à l'héritier chargé d'un *legatum generis*, et par suite lui imposaient l'obligation de garantie en cas

[2] *Voy.* ci-dessus, § 187 sqq. On accorde aussi *utiles actiones*, quand même la cession n'aurait pas eu lieu réellement. L. 33, C., *h. t.*, et ci-dessus, § 188, notes 3 sqq.

[3] *Voy.*, pour la novation, ci-après, §§ 293. 294.

[4] Fr. 17, D., *hoc titulo*, et ci-après, § 295.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 194, note 18 et § 253, note 33.

[6] Fr. 18, § 3, D., *h. t.*, ci-après à la note 8. Cf. ci-dessus, § 173, notes 6. 7.

[7] Fr. 61, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[8] Paul, V, 11, 5. « ... Quia lucrativæ rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur. » — Fr. 18, § 3, D., *h. t.* « Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere : plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. » — Fr. 131, § 1 in f. D., *de verb. oblig.* 45, 1. — Cf. Fr. 48, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 61, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. « .... ne liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. » — Fr. 49 in f. D., *de re iudicata* 42, 1. « ..... pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei qui *verum debitum* persolvere compellitur. » — Fr. 33 in f. D , *de novationibus* 46, 2.

[9] Fr. 45, § 1. 2. Fr. 46, D., *de legatis I* (30). « Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit; quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet... 2. Si vero

d'éviction de la chose donnée [10]. Il n'est pas à méconnaître que ces deux fragments, placés l'un à la suite de l'autre, autorisent cette interprétation [11]; mais nous osons dire que la commission chargée de la rédaction du Digeste, en les plaçant ainsi, a commis une bévue inexcusable. Car en ce qui concerne la responsabilité qui leur incombe, il n'y a aucune analogie entre le donateur qui agit par pure libéralité et l'héritier qui exécute le legs comme une charge imposée à la succession dont il est gratifié [12]. Il paraît, d'ailleurs, contraire à l'esprit de la législation sur notre matière, de juger diversement la responsabilité du donateur, selon que la donation se fait *dando* ou *promittendo* [13]. Nous croyons donc pouvoir maintenir dans sa généralité la règle d'après laquelle le donateur n'est point tenu de garantie du chef d'éviction, à moins qu'il ne s'y soit expressément soumis [14] ou qu'il n'ait agi *dolo* [15]. —Remarquons encore que le donateur ne doit les intérêts moratoires et les fruits qu'à partir de

certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est. XLVI. Quæ de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum qui *vel Stichum vel hominem* DARI promiserit. »

[10] C'est pourquoi beaucoup de jurisconsultes modernes, distinguant entre *donatio speciei* et *donatio generis,* affranchissent le donateur de toute garantie dans la première hypothèse et l'en rendent responsable dans la seconde. Ceux qui suivent cette distinction, dénuée de toute raison juridique ou d'équité, rejettent implicitement l'obligation de garantie dans toutes les donations qui se font *dando* (car par la *dation* l'objet de la donation est toujours individuellement déterminé) et la maintiennent exclusivement pour les PROMESSES de donation qui ont pour objet un *genus;* se rapprochant ainsi, en fait, du système qui avait été adopté par les glossateurs et d'après lequel il fallait distinguer entre les donations précédées d'une promesse et celles qui s'exécutent au moment même de la convention. *Voy.* ci-après, note 13.

[11] Des partisans de notre opinion cherchent à repousser cette interprétation en supposant que dans le Fr. 46, D., *cité,* il s'agit d'une stipulation *à titre onéreux.* Mais cette supposition, bien qu'elle ne soit pas contredite par les termes (DARE se dit aussi bien d'une opération à titre onéreux que d'une donation), ne peut être admise, car elle prêterait à Pomponius une hérésie dont certes il n'était pas capable.

[12] Aussi l'héritier chargé d'un legs est-il régulièrement tenu de toute faute. Fr. 47, § 5. Fr. 108, § 12, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 39, § 1. Fr. 108, § 11, D., *eodem;* Fr. 78, § 2, D., *de legatis II* (31), et ci-après, t. III, § 422 *in fine.* C'est au même endroit qu'on trouvera les règles concernant l'obligation de garantie qui incombe à l'héritier et la justification de la distinction toute rationnelle qui est faite au Fr. 45, § 1. 2, D., *cité.*

[13] Pareille distinction existe, à la vérité, en matière de dot. *Voy.* ci-après, t. III, § 310. Mais le développement historique tout entier de notre matière, à partir de la loi Cincia jusqu'aux dernières constitutions de Justinien, prouve évidemment que la question de forme y est toujours dominée par l'influence qu'exerce la nature libérale et lucrative de l'opération, et que la diversité des modes employés pour faire la libéralité n'influe guère sur les effets MATÉRIELS de l'opération.

[14] L. 2, C., *de evictionibus* 8, 45. Un passage de Paul semble, à la vérité, affranchir le donateur de toute garantie, alors même qu'il s'y serait engagé expressément : PAUL, V, 11. 5. « Invitus donator de evictione rei donatæ promittere non cogitur, nec eo nomine, *si promiserit,* oneratur : quia lucrativæ rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur. » Mais il faut bien admettre que le texte de Paul est altéré par la faute d'un copiste, qui aura mis *si* pour *nisi,* ce qui paraît d'autant plus probable que la dernière syllabe du mot précédent *nomi*NE se prêtait facilement à une *géminaiion,* c'est-à-dire un doublement de lettres ou syllabes : *nomi*NE *si* au lieu de *nomi*NE NI*si*. *Voy.* t. I, § 57, note 4.

[15] Fr. 18, § 3, D., *hoc titulo.*

la *litis contestatio,* et qu'il jouit du bénéfice de compétence, c'est-à-dire qu'il ne peut être condamné que *in quantum facere potest* [16].

Comme tout autre acte obligatoire, la donation est irrévocable [17]. Ce principe avait déjà subi anciennement une exception dans les donations faites par un patron à son affranchi, lesquelles étaient toujours révocables [18]. Par la suite, on restreignit cette faculté de révoquer, qui faisait partie des priviléges du patronat, à deux cas déterminés, savoir au cas d'ingratitude de la part de l'affranchi et au cas où des enfants surviendraient au patron [19]. On soutient ordinairement que ces deux causes de révocation sont, dans le droit nouveau, communes à tout le monde. Rien ne prouve cette assertion à l'égard de celle qui repose sur la survenance d'enfants [20]. Quant à l'ingratitude du donataire, on la considérait déjà du temps de Papinien comme une cause de révocation dans les donations faites par les parents à leurs enfants ; elle le devint pour toutes les donations par suite d'une loi de Justinien [21].

Le droit de révoquer une donation pour cause d'ingratitude appartient exclusivement au donateur et non pas à ses successeurs [22]. De même il ne peut être exercé que contre le donataire pour un fait d'ingratitude commis par lui même [23]. —On considère l'ingratitude comme un motif suf-

[16] Fr. 22, D., *h. t.* – Fr. 31, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 16, pr. D., *de usuris* 22, 1. Cf. Fr. 38, § 7, D., *eodem.* — Quant au bénéfice de compétence et à la particularité que le donateur déduit d'abord ses dettes, *voy.* les passages cités ci-dessus, § 170, note 9.

[17] *Vaticana fragm.* 279. – § 2, I., *h. t.* – Fr. 31, pr. D., *eodem.* – L. 2-6, C., *de revocandis donationibus* 8, 56 et *passim.*

[18] *Vaticana fragm.* 272, reproduit avec quelques changements, particulièrement avec l'interpolation des mots « si ingratus sit », dans la L. 1, C., *de revocandis donationibus* 8, 56. — Il paraît que la révocation n'avait pas lieu dans les donations à titre de dot. Fr. 69, § 6, D., *de iure dotium* 23, 3. Cf. L. 24, C., *eodem* 5, 12.

[19] *A*) L. 1, C., *de revocandis donationibus* 8, 56. Cf. ci-dessus, note 18.— *B*) L. 3, Th. C., *eodem* 8, 13 (L 8, I. C., *eodem* 8, 56). Cette loi, datée de 355, est probablement de Constance, bien qu'elle soit attribuée aux deux empereurs, Constance et Constant, dont le dernier était mort dès 350. Cf. L. 7, Th. C., *de donationibus* 8, 12. « Cum *genitoris mei* scitis evidenter expressum sit *rel.* »

[20] Signalons cependant la L. 5, C., *de inofficiosis donationibus* 3, 29, par laquelle l'ascendant qui, après avoir épuisé son patrimoine par des donations, vient à avoir des enfants est autorisé à révoquer ces donations jusqu'à concurrence du *quantum* nécessaire pour parfaire la réserve légitime due à ses enfants. Cf. ci-après, note 30, et t. III, § 393.

[21] *A*) Fr. 31, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. – Cf. L. 1, Th. C., *de revocandis donationibus* 8, 13 (L. 7, I. C., *eodem* 8, 56). – L. 2. 4, Th. C., *eodem.* – L. 6, Th. C., *eodem* (L. 9, I. C., *eodem*). — *B*) Justinien, L. 10, C., *de revocandis donationibus* 8. 56.

[22] Faut-il que l'action en révocation ait été intentée du vivant du donateur, ou suffit-il que celui-ci ait exprimé sa volonté de révoquer? La première opinion est généralement admise. De Savigny se prononce pour la seconde, en se fondant sur la rédaction de la L. 10, C., *citée,* qui reproduit complètement les termes usités en matière de donation entre époux. « Etenim si ipse, qui hoc passus est, *tacuerit, silentium eius maneat semper,* et non a posteritate eius suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores. » De Savigny, *System des R. R.,* tome IV, § 169, note *c.*

[23] L. 10, C., *citée.* « Hoc tamen usque *ad primas personas tantummodo* stare censemus. » *Voy.* aussi le passage transcrit à la note précédente, ainsi que la L. 7, C., *eodem* 8, 56.

fisant de révocation dans les cas suivants [24] : si le donataire a attenté à la vie du donateur, s'il s'est rendu coupable envers lui d'injures graves, s'il lui a fait éprouver une perte considérable de son patrimoine, enfin s'il refuse de remplir les charges qu'il avait assumées sur lui en acceptant la donation [25]. — Nos sources ne donnent pas de nom particulier à l'action en révocation, qui est naturellement une *actio in personam,* la révocation ne pouvant agir contre des tiers [26]. Le but de l'action est d'obtenir la restitution de la chose donnée avec les fruits à partir de la *litis contestatio* [27]. Si la restitution est impossible par suite d'un fait qui ne peut être reproché au défendeur, il ne sera tenu qu'autant qu'il se trouve enrichi par suite de la donation [28].

Faisons encore observer que, dans deux cas particuliers, une donation peut être révoquée par des personnes autres que le donateur, savoir : par les créanciers du donateur, quand la donation a été faite en fraude de leurs droits [29], et par les personnes auxquelles la loi réserve une part des biens du donateur, *legitima portio*, quand la donation faite par leur auteur a pour effet de les priver de cette portion, *donatio inofficiosa* [30].

§ 256. *De quelques espèces particulières de donations.*

La principale division des donations chez les Romains était celle en donations entre-vifs et donations à cause de mort [1]. Ces dernières sont celles qui ne doivent sortir leurs effets qu'après la mort du donateur et au

[24] Ces causes sont de stricte interprétation. *Voy.* l'énumération qui en est faite au commencement de la L. 10, C., *citée,* et qui est suivie des paroles suivantes : « Ex his *tantummodo* causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter probatæ, ... donationes... everti concedimus.... »

[25] Quant à cette dernière cause, *voy.* encore ci-dessous, § 256, notes 15. 16.

[26] Cela résulte de la nature même de l'action, des dispositions mentionnées aux notes 22 et 23, et de la L. 7, C., *de revocandis donationibus* 8, 56, dans laquelle il faut se garder d'entendre la phrase « Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum, » comme si Justinien avait voulu attribuer à l'action révocatoire les effets de l'action réelle, appelée *rei vindicatio.* Le mot VINDICATIO dans ladite phrase signifie *vengeance, peine,* et l'empereur, en se servant de cette expression, a voulu dire que l'action révocatoire était une espèce d'action pénale, ne se donnant ni en faveur des héritiers, ni contre les héritiers : *nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.*

[27] Arg. Fr. 17, pr., D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

[28] L. 7, pr., C., *de revoc. donat.* 8, 56. « ... Quidquid igitur is, qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet eo die, quo controversiæ qualecunque principium iussu iudicantis datur, matri cogatur reddere. Ceterum ea, quæ ante, adhuc matre pacifica, iure perfecta sunt, et ante inchoatum cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus. »

[29] *Voy.* ci-après, § 300.

[30] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 392. 393.

[1] Pr. I., *de donat.* 2, 7. « ... Donationum autem duo sunt genera : *mortis causa* et *non mortis causa.* » — Fr. 67, § 1, D., *de verb. sign.* 50, 16.

cas que le donataire ne meure pas avant lui [2]. L'endroit que nous avons choisi dans notre système pour traiter des donations nous défend d'entrer dans des détails à l'égard des *donationes mortis causa*. Elles trouveront leur place dans les successions à cause de mort, immédiatement après les legs, auxquels, d'ailleurs, elles ont été assimilées par Justinien [3].

Il nous reste à parler de quelques espèces de donations entre-vifs qui présentent des particularités intéressantes.

1° *Donatio omnium bonorum*. Une donation peut avoir pour objet un ou plusieurs droits patrimoniaux, partant aussi tous les droits qui composent le patrimoine, ou, en d'autres termes, tous les biens présents du donateur. Pareille donation n'était pas facile à réaliser dans le droit ancien, à cause des modes de transfert dont il fallait se servir et qui pouvaient n'être pas applicables à toutes les choses qui faisaient partie du patrimoine [4]. Dans le droit nouveau, où la simple promesse suffit pour la validité de ces actes de libéralité, la donation de tous les biens ne présente plus de difficultés ; elle peut être faite comme les parties l'entendent [5], et produit les effets ordinaires de la donation. — Il importe cependant de faire observer qu'elle ne constitue point une *successio per universitatem*. Le donataire ne continue pas la personne du donateur : il n'acquiert que les droits individuellement déterminés qui constituent le patrimoine du donateur au moment de la libéralité. Cette considération est d'une grande importance pratique, en ce sens que le donataire ne succède pas dans l'ensemble des droits et des obligations du donateur, notamment qu'il ne devient pas créancier des débiteurs ni débiteur des créanciers du donateur. Il s'ensuit qu'il ne peut agir en son nom propre contre les débiteurs, bien qu'il soit admis à les poursuivre comme cessionnaire du donateur. De même les créanciers n'ont pas d'action contre lui en payement de ce qui leur est dû par ce dernier. Toutefois il est à remarquer que le patrimoine actuel se compose de l'actif combiné avec

[2] § 1, I., *h. t.* « ... Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit ; sin autem supervixisset is qui donavit reciperet, vel, si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit... » — Fr. 1, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6.

[3] § 1, I., *h. t.* « ... Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia... A nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumerentur... » *Voy.* ci-après, t. III, § 552.

[4] *Vaticana fragm.* 263. — *Consultatio veteris icti*, VI, 10. 11. *ex Corpore Hermog.*, VI, 1, 2, *de donat. inter v. et uxorem.* « 10 ..... quia generaliter bonorum portionem donare non posses, cum singulæ res nominari debeant, quæ donationis causa mancipatione, vel in iure cessione transferuntur *rel.* 11. Nec venditio donationis causa bonorum omnium valet, sed rerum singularum nominativa donatio facta capit effectum *rel.* » Le premier de ces passages figure, naturellement avec des changements, comme L. 11, I. C., *de donationibus* 8, 54.

[5] Il va sans dire que le donateur, en faisant la donation, peut se réserver certains objets déterminés, des *iura in re* sur certaines choses ou sur tous les biens, par exemple, l'usufruit, etc. Fr. 37, § 3, D., *de legatis III* (32). — Fr. 42, pr. D., *de mortis causa donat.* 39, 6.

le passif, et que par conséquent l'objet de la donation ne comprend, en réalité, que les biens, déduction faite des dettes : *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno* [6]. Il en résulte que le donataire ne peut réclamer, en exécution de la donation, que l'excédant de l'actif sur le passif. Cependant il ne peut être poursuivi pour les dettes du donateur [7], et cette règle ne souffrirait pas même exception, si ce dernier avait imposé le payement des dettes comme une charge de la donation, car cette convention serait à l'égard des créanciers *res inter alios acta ;* mais il va sans dire que le donateur pourrait lui-même poursuivre l'exécution de la charge, ou bien révoquer la donation [8]. — Nous avons vu ci-dessus que, le cas échéant, les créanciers et les réservataires pourraient faire annuler la donation comme étant faite en fraude de leurs droits [9].

2° On appelle *donations rémunératoires* celles qui ont pour but de récompenser des services rendus au donateur. Ces donations doivent être jugées d'après les règles ordinaires ; mais on admet généralement que les Romains les considéraient comme étant faites en acquit d'un devoir de conscience [10], et que, pour cette raison, le principe de l'irrévocabilité ne souffrait point d'exception à l'égard de ces donations [11].

3° *Donatio sub modo* †. On appelle ainsi la libéralité à laquelle le donateur ajoute une charge à supporter ou à exécuter par le donataire [12]. A la rigueur, les libéralités de ce genre constituent des obligations bilaté-

[6] Fr. 39, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16. – Fr. 43, D., *de usu legato* 33, 2. – Fr. 69, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 11, D., *de iure fisci* 49, 14. – Cf. Fr. 72, D., *de iure dotium* 23, 3.

[7] Arg. Fr. 72, D., *de iure dotium.* 23, 3.

[8] L. 22, C., *de donationibus* 8, 54, et ci-après, notes 15. 16.

[9] Fr. 17, § 1, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8, et ci-dessus, § 255, note 30.

[10] On cite à l'appui les Fr. 27, D., *de donat.* 39, 5, et Fr. 25, § 11, D., *de hered. petit.* 5, 3, où il est dit que les *bonæ fidei possessores* d'une hérédité, poursuivis en restitution par le véritable héritier, ne sont tenus que de ce dont ils se trouvent enrichis, et que, par conséquent, ils ne doivent pas restituer ce qu'ils ont dépensé, perdu ou donné « nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem *naturaliter* obligaverint. »

[11] Cette opinion se fonde uniquement sur un passage de Paul, qui se trouve dans ses *Sententiæ receptæ*, V, 11, 6, et qui est reproduit avec quelques changements dans le Fr. 34, § 1, D., *de donat.* 39, 5 : « Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc donatio irrevocabilis est; nam merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit. » — Savigny, *System des R. Rechts*, t. IV, § 153, combat cette opinion par des arguments très-sérieux, fondés tant sur la nature même de la donation que sur les règles générales de l'interprétation, qui s'opposent à ce qu'on généralise la disposition du Fr. *cité*, où il s'agit d'une donation faite à celui qui *nous a sauvé la vie*, « quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit », qualifications qu'on ne peut certes pas appliquer à toutes les donations rémunératoires.

† Tit. C., *de donationibus quæ sub modo, vel condicione, vel certo tempore conficiuntur* 8, 55.

[12] Exemples : Fr. 13, § 2, D., *de donat. inter v. et u.* 24, 1. – Fr. 2, § 7, D., *de donat.* 39, 5. – L. 2. 3. 6, D., *de condict. ob causam datorum* 4, 6. – L. 3, C., *de contrah. emt.* 4, 38. – L. 8, C., *de rerum permut.* 4, 64. – L. 7, C., *de donat. inter v. et u.* 5, 16. – L. 9. 22, C., *de donat.* 8, 54. – L. 1. 2. 3, C., *hoc titulo* 8, 55.

rales; mais on conçoit que rien n'eût été plus facile que d'éluder les lois restrictives en matière de donations, si l'on avait admis qu'il suffisait d'ajouter une charge quelconque à une libéralité pour donner à l'opération le caractère d'un acte à titre onéreux. C'est pourquoi les Romains appliquaient à ces conventions les règles des donations toutes les fois que la charge n'égalait pas la valeur de la libéralité [13]. Cependant l'élément bilatéral qui se trouve dans cette donation n'en crée pas moins entre les parties un lien obligatoire analogue à celui qui existe dans les contrats innommés. Cette analogie se montre spécialement dans les deux points suivants : *a*) Le donateur peut poursuivre l'exécution du *modus* au moyen de l'*actio præscriptis verbis* [14]. *b*) En cas d'inexécution du *modus*, il peut user du *ius pœnitendi*, et répéter la chose donnée au moyen de la *condictio causa data causa non secuta* [15]. Nous avons vu ci-dessus que le donateur peut également, dans ce cas, révoquer la donation pour cause d'ingratitude; mais cette révocation diffère, et par les conditions et par les effets, de celle qui s'opère en vertu du *ius pœnitendi*. L'une et l'autre, au reste, ne s'exercent point *in rem*, sauf une exception spéciale qui se rapporte au cas où le *modus* consiste à fournir des aliments au donateur [16]. — Si le *modus* est imposé en faveur d'un tiers, il n'existe, rigoureusement parlant, aucun moyen d'en poursuivre l'exécution [17]; pourtant,

[13] En d'autres termes, l'opération était considérée comme donation pour l'excédant, pourvu qu'il y eût possibilité de procéder à des appréciations et estimations réciproques. Fr. 5, § 2. 5, D., *de donat. inter v. et u.* 24, 1. – Fr. 18, pr. § 1. Fr. 19, § 6, D., *de donat.* 39, 5. Cf. Fr. 2, § 7, D., *eodem*, ci-après, note 15.

[14] *Præscriptis verbis actio* ou *condictio incerti*. *Voy.* ci-dessus, § 243 notes 32-38 et Fr. 18, § 1. Fr. 28, D., *de donat.* 39, 5.–L. 3, C., *de contrah. emtione* 4, 38.–L. 8, C., *de rerum permutatione et præscriptis verbis* 4, 64. – L. 9. 22, C., *de donationibus* 8, 54. — Si le donateur s'est fait promettre l'exécution du *modus* par contrat verbal, il peut naturellement se servir de l'*actio ex stipulatu*. Fr. 37, § 3, D., *de legatis III* (32). – L. 9. 22, C., *citées* et *passim*.

[15] *Condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob causam datorum*. Ci-dessus, § 243, notes 39-49, et Fr. 2, § 7, D., *de donationibus* 39, 5, ci-dessus, note 12. – L. 2. 3. 6. 8, C., *de cond. ob causam datorum* 5, 6. – L. 1, C., *h. t.* 8, 55. – Cf. Fr. 18, pr. D., *de donat.* 39, 5. — La plupart des auteurs prétendent que la *condictio c. d. c. n. s.* diffère suivant qu'elle est employée dans les contrats innommés ou dans les donations; qu'en effet, dans les contrats innommés la révocation peut toujours être poursuivie, quand même aucun reproche ne pourrait être adressé au défendeur, tandis qu'elle cesserait dans les donations, si le défendeur établissait qu'il lui a été impossible d'exécuter le *modus*. Nous avons cherché à établir ci-dessus, § 243, note 39 sqq., que cette différence, qui manquerait, d'ailleurs, de toute base rationnelle, n'existe réellement pas, et que ce que l'on présente comme une particularité exclusivement propre aux donations est la règle générale pour les *condictiones ob causam datorum*. *Voy.* encore ci-après, § 276.

[16] L. 1, C., *h. t.* 8, 55. « ... Vindicationem *utilem*. » Cf. ci-dessus, § 249, note 66.

[17] A moins que le tiers ne soit intervenu dans l'acte, en se faisant promettre, par stipulation, la prestation du *modus*. *Vaticana fragm.* 286. – L. 3, C., *h. t.* 8, 55. — On pourrait être tenté de dire que le donateur n'aurait qu'à céder au tiers l'*actio præscriptis verbis* qui est donnée à l'effet de poursuivre l'exécution du *modus* : mais cela n'est pas possible, puisque le donateur lui-même ne peut avoir d'action afin de poursuivre la prestation d'un fait stipulé en faveur d'un tiers. *Voy.* ci-dessus, § 206, B., et § 4. 19, 1., *de inutil. stip.* 3, 19; Fr. 9, § 4, D., *de reb. cred.* 12, 1; Fr. 11, D., *de obl. et act.* 44, 7.

une constitution de Dioclétien accorde, dans ce cas, au tiers une *utilis præscriptis verbis actio*, à l'effet d'en demander l'accomplissement [18].

APPENDICE.

DES SIMPLES PACTES ET DE QUELQUES CONVENTIONS PARTICULIÈRES.

§ 257. *Des simples pactes et des moyens de leur donner l'efficacité civile. — Du compromis et de l'arbitrage.*

Dans les deux chapitres qui précèdent, nous avons fait connaître toutes les conventions qui, d'après les idées romaines, produisaient un lien civilement obligatoire et garanti au moyen d'une action en exécution. Les autres conventions ne constituaient que de simples pactes et ne faisaient naître qu'une obligation naturelle, dont l'efficacité était beaucoup moins étendue que celle de l'obligation civile, et qui notamment ne donnait point lieu à une action en exécution [1].

Le moyen le plus usité de rendre une convention civilement obligatoire, était de la revêtir de la forme de la stipulation ; on pouvait aussi se servir du constitut [2]. Il est vrai que ces deux modes n'étaient applicables qu'aux obligations unilatérales. Mais il ne faut pas perdre de vue que le besoin d'une forme civile se faisait beaucoup moins sentir à l'égard des obligations bilatérales, par la raison que les cas les plus importants et les plus usités de cette espèce constituaient des *contractus*, et n'avaient par conséquent plus besoin d'une sanction formelle. Pourtant, lorsque

[18] *Vaticana fragm.* 286. – L. 3, C., *h. t.* 8, 55. — Cette action est appelée *utilis;* mais quelle est la *directa* qui lui sert de base? Ce ne peut être l'*actio præscriptis verbis* que le donateur a régulièrement dans les *donationes sub modo;* car, dans l'espèce, il ne l'a pas (*voy.* la note précédente). Ce ne peut être davantage la *condictio ob causam datorum;* car cette action tendrait, non pas à l'exécution du *modus,* mais à la restitution de la chose donnée. D'après une hypothèse ingénieuse de Savigny, l'action utile aurait été créée par analogie de l'action fidéicommissaire, qui se donnait contre le donataire *mortis causa* chargé d'un fidéicommis, et qui fut étendue d'abord aux donations stipulées révocables, et ensuite à toutes les donations où le *modus*, ajouté en faveur d'un tiers, est comme une espèce de fidéicommis entre vifs. Fr. 37, § 3, D., *de legatis III* (32).–L. 2, C., *de his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur* 6, 45. De Savigny, *System.*, t. IV, § 175, c. – Cf. ci-après, t. III, § 450.

[1] Des cinq effets possibles de l'obligation naturelle que nous avons indiqués au § 193, notes 5-11, le *ius retentionis* ne saurait guère se présenter à l'occasion d'un *pactum nudum*. Par contre, les quatre autres effets en découlent naturellement d'après les principes généraux, et nous trouvons, de plus, dans nos sources diverses décisions expresses : Solutum non repetere. Fr. 5, § 2, in f., D., *de solutionibus* 46, 3 ; L. 3, C., *de usuris* 4, 32. – Reconnaissance civile. Fr. 1, § 1, D., *de novationibus* 46, 2. — Confirmation par hypothèque et cautionnement. Fr. 7, D., *de fideiussoribus* 46, 1 ; Fr. 5, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3; L. 4, C., *de usuris* 4, 32.

[2] *Voy.* ci-dessus, §§ 246 et 251.

des espèces synallagmatiques non prévues par la loi se présentaient, il restait un dernier moyen de donner à la convention la force civile : la partie qui voulait atteindre ce but n'avait qu'à exécuter l'obligation qui lui incombait, et dès lors le pacte se trouvait transformé en contrat réel innommé, PRÆSTO UT PRÆSTES [3]; en d'autres termes, la partie qui avait exécuté pouvait se servir de l'*actio præscriptis verbis*, afin de poursuivre l'exécution de l'obligation qui lui était due en échange de la prestation qu'elle avait fournie [4]. — Ajoutons qu'on pouvait assurer indirectement l'exécution d'un pacte, en donnant des arrhes ou en y ajoutant une *stipulatio pœnæ* [5].

Nous pourrions, à la rigueur, nous borner à ces considérations générales, qui s'appliquent à toutes les conventions dont nous n'avons pas encore parlé spécialement. Mais il y en a parmi elles qui présentent certaines particularités et que nous ne pouvons passer sous silence. Nous aurons d'abord à nous occuper de quelques conventions accessoires qui ont pour but de garantir d'une manière plus ou moins directe l'exécution d'une autre obligation. Puis, suivant l'exemple de la plupart des auteurs, nous parlerons des conventions aléatoires. Enfin, nous devons mentionner deux espèces de conventions qui ont pour but de mettre fin à des contestations juridiques, savoir *la transaction* et *le compromis*. La première trouvera sa place plus convenablement au titre qui traite de l'extinction des obligations; nous consacrerons à la seconde quelques lignes dans le présent paragraphe.

† On appelle compromis la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent à faire décider des contestations existant entre elles par un ou par plusieurs arbitres choisis d'un commun accord [6]. Pareil engagement oblige les parties à se présenter devant les arbitres désignés, à faire tout ce qui est nécessaire pour l'instruction et la solution de la cause, à s'abstenir de tout ce qui pourrait empêcher cette solution, enfin à se soumettre au jugement à intervenir [7]. Toutefois, comme dans le système

[3] On pouvait aussi faire deux stipulations différentes pour les obligations comprises dans la convention; mais en agissant ainsi, on enlevait aux prestations le caractère de réciprocité propre aux obligations synallagmatiques. *Voy.* ci-dessus, § 246, note 25.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 243. Aux nombreuses espèces indiquées et citées dans ce paragraphe, l'on peut ajouter celle du Fr. 31, § 17. 18, D., *de Ædil. edicto* 21, 1, qui montre l'utilité que ce procédé peut présenter dans un cas donné. Cf. ci-dessus, § 249, note 2.

[5] *Voy.* ci-après, §§ 258. 259.

† Tit. D., *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant* 4, 8. — Tit. C., *de receptis arbitriis* 2, 56. — Pour l'origine du mot COMPROMISSUM, *voy.* ci-après, note 11.

[6] Quand on choisissait plusieurs arbitres, on les prenait habituellement en nombre impair, « quia, si in duos fuerit compromissum... res fere sine exitu futura est... propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. » Fr. 17, D., *h. t.* et ci-après, notes 38-43.

[7] IN IUDICIO STARE, OPERAM PRÆBERE. Fr. 27, § 4. Fr. 39, pr. Fr. 48. 49, § 1. Fr. 52, D., *h. t.* — L. 2, C., *h. t.* Cf. Fr. 21, § 8. 9. 10. 11, D., *eodem*. — SENTENTIÆ STARE. Fr. 23, § 2. Fr. 27, § 2. 7. Fr. 29. 32, § 20. Fr. 38. 42. 44, D., *h. t.*

romain le compromis ne constituait qu'un simple pacte, ces obligations demeuraient à l'état purement naturel [8], à moins que les parties ne leur eussent donné force civilement obligatoire, en imprimant à la convention le caractère de contrat, en la revêtant, par exemple, de la forme de la stipulation, auquel cas le promettant était passible d'une *condictio incerti* en exécution du compromis [9]. Mais ce procédé était peu usité à cause du caractère vague et indéterminé de la prestation [10]. On avait habituellement recours à un moyen détourné, en convenant d'une peine que chacune des parties [11] s'engageait à payer, au cas qu'elle n'accomplirait pas les obligations résultant du compromis, *stipulatio pœnæ* [12]. Comme cette peine consistait ordinairement en une somme d'argent, *pecunia certa* [13], et pouvait par conséquent être recouvrée au moyen de la *condictio certi*, le mode indiqué, bien que n'agissant que d'une manière indirecte, garantissait efficacement les intérêts des deux parties, pourvu que la somme stipulée fût suffisante à cet effet [14]. Cependant Justinien crut utile de créer un moyen direct pour le cas où il y aurait une sentence valablement rendue ensuite d'un compromis. A cet effet, il publia deux constitutions en vertu desquelles la partie gagnante peut, au moyen d'une *in factum actio* ou *condictio ex lege* [15], poursuivre l'exécution du jugement

[8] L. 5, pr. C., *h. t.* Cf. Fr. 13, § 1, D., *eodem* et ci-dessus, § 207, note 20. — Il peut se présenter des cas dans lesquels l'obligation naturelle est suffisamment efficace pour faire atteindre le but. Fr. 11, § 3, D., *h. t.* « Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum : utputa, si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, NE PETAT QUOD SIBI DEBETUR, QUI SENTENTIÆ ARBITRI NON PARUIT. » Cf. ci-après, note 30.

[9] Fr. 27, § 7, D., *h. t.* — Nous trouvons aussi la forme du séquestre, pouvant dégénérer en contrat innommé. Cic., *ad Quintum fratrem*, II, 15. – Fr. 11, § 2, D., *h. t.* « Quid ergo, si res apud arbitrum depositæ sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiæ, an cogendus sit sententiam dicere? Et puto cogendum, et tantumdem si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. » Cf. Fr. 9, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3, ci-dessus, § 240, note 13. — Mais on comprend que ce moyen ne pouvait être employé que dans les cas où la nature de l'objet contentieux s'y prêtait.

[10] *Voy.* ci-dessus, § 246, notes 2. 3. 4. 41.

[11] UTRIMQUE, INVICEM PŒNA PROMITTITUR. Fr. 11, § 1. 2. 4. Fr. 13, § 1, D., *h. t.* – L. 1, C., *eodem*. C'est de cette promesse réciproque (CUM – PROMITTERE) que vient le mot *compromissum*, dont on se sert pour désigner à la fois la convention et la peine stipulée, qui est aussi appelée *pecunia compromissa*. Cic., *in Verrem*, II, 2, 27. « ... Pœnis compromissisque interpositis... » – Fr. 3, § 2. Fr. 11, § 2, D., *h. t.* De même, on appelle l'arbitre convenu *compromissarius iudex* ou *compromissarius* tout court. Fr. 41, D., *h. t.* – Fr. 4, D., *de tutoribus datis* 26, 4. – L. 5, § 1. 2, C., *h. t.* et *passim*.

[12] CICÉRON, *in Verrem* II, 2, 27. – PAUL, V, 5, 1. – Fr. 3, § 2. Fr. 11, § 2. 4. Fr. 13, § 1. Fr. 28. 32, pr. Fr. 39, D., *h. t.* – Fr. 4, § 3, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. – L. 1, C., *h. t.* – Cf. Fr. 11, § 5. Fr. 32, § 3, D., *eodem*.

[13] Fr. 11, § 2, D., *h. t.* « Quod ait Prætor, PECUNIAM COMPROMISSAM : accipere nos debere, non si utrimque pœna *numaria*, sed si et *alia res* vice pœnæ... promissa sit... » – Fr. 28, D., *eodem*. « Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit : ut puta QUANTI EA RES ERIT. »

[14] *Voy.* ci-après, § 258, notes 2-6.

[15] La L. 4, § 4, C., *h. t.* dit : « ... Liceat vel in factum, vel condictionem ex lege, vel in rem utilem instituere actionem, secundum quod facti qualitas postulaverit. »

arbitral, s'il est signé par les deux parties ou s'il n'est pas attaqué dans les dix jours qui suivent le prononcé [16].

Il est loisible à toute personne de compromettre, dans les limites de sa capacité relative [17], à l'égard de toutes contestations quelconques [18], à l'exception de celles qui concernent l'ordre public et l'état des personnes ou dans lesquelles il s'agit d'une restitution en entier [19]. Le compromis doit désigner d'une manière certaine les objets en litige et l'arbitre ou les arbitres qui en doivent connaître [20]. Les parties y peuvent tracer les règles à suivre dans l'instruction et dans le jugement de la cause, mais elles doivent laisser à l'arbitre la libre et souveraine appréciation des points litigieux [21]. L'ajournement, donné en vertu d'un compromis, de comparaître devant le tribunal arbitral a, dans le droit nouveau, pour effet d'interrompre la prescription [22]; cependant les débats ouverts devant arbitres n'autorisent point l'exception de *litispendance*, chaque partie restant libre de soumettre la contestation au juge ordinaire, sauf à encourir, dans ce cas, la peine stipulée pour la violation du compromis [23].

Tout homme libre peut être choisi comme arbitre [24]. Cependant les déments, les sourds et les muets sont naturellement incapables de remplir les fonctions arbitrales [25]; la loi déclare inhabiles les mineurs de

[16] L. 4. 5, C., *h. t.* — Dans la L. 4, C., Justinien avait attribué une efficacité particulière au compromis confirmé et accepté sous serment; mais par la *Nov.* 82, c. 11 (*Auth.* Decernit C., *h. t.*) il abolit ces dispositions et défendit même l'emploi du serment en cette matière.

[17] Le débiteur insolvable qui a fait cession de biens (à plus forte raison, celui dont les biens ont été judiciairement vendus) est incapable de compromettre. Fr. 17, pr. D., *h. t.* — Le pupille ne peut compromettre qu'avec l'autorisation de son tuteur, le mineur peut le faire en tant qu'il peut s'obliger. Fr. 32, § 8. Fr. 35, D., *h t.* L'un et l'autre peuvent, le cas échéant, obtenir la restitution en entier contre un compromis valablement fait. Fr. 34, § 4, D., *de minoribus* 4, 4. — Les femmes sont entièrement capables, à moins que le compromis n'implique intercession pour autrui. Fr. 32, § 2, D., *h. t.*

[18] C'est à tort qu'on a excepté les contestations concernant des aliments à l'égard desquels il est défendu de transiger. *Voy.* ci-après, § 296, note 8. Il n'y a point, en effet, analogie suffisante entre le compromis et la transaction, cette dernière exigeant toujours un sacrifice.

[19] A). Fr. 3, pr. Fr. 32, § 6-7, D., *h. t.* — B). Fr. 32, § 7, D., *eodem.* Cf. L. 6, C., *ubi causa status agi debeat* 3, 22. — C). L. 3, C., *ubi et apud quem* 2, 47.

[20] Fr. 21, § 6. Fr. 46, D., *hoc titulo.* – Fr. 17, § 2. 4. 6. 7, D., *eodem,* et ci-après, notes 39-43.

[21] A). *Voy.* ci-après, note 35. – B). Fr. 17, § 3. Fr. 19, pr. D., *h. t.*

[22] L. 5, § 1, C., *hoc titulo.*

[23] Paul, V, 5 *a*, 1. – Fr. 10, § 1, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 30, D., *h. t.* – Cf. Fr. 2, D., *eodem.* « Ex compromisso placet *exceptionem* non nasci, sed pœnæ petitionem. » – Fr. 9, § 5. Fr. 32, § 3, D., *eodem.*

[24] L'esclave est incapable. Fr. 7, D., *h. t.* – Cependant « si liber factus..... sententiam dixerit... consentientibus partibus... puto valere. » Fr. 9, pr. D., *eodem.* — Les femmes sont également déclarées incapables. L. 6, C., *h. t.* Cf. Fr. 12, § 2, D., *de iudiciis* 3, 1 et Fr. 2, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17.

[25] Fr. 9, § 1, D., *hoc titulo.*

vingt ans [26] et défend en outre au juge, qui, dans l'ordre légal, serait appelé à décider une contestation, d'accepter, à l'égard de cette même contestation, la mission de statuer comme arbitre *ex compromisso* [27]; enfin il va de soi que nous ne pouvons être juge d'une contestation dans laquelle nous avons un intérêt personnel [28]. — Nul n'est tenu de se charger des fonctions d'arbitre [29]; mais la personne qui les accepte à la suite d'un compromis régulier et efficace [30] s'oblige par là à accomplir les devoirs de juge; et bien que de ce chef elle ne soit passible d'aucune action proprement dite [31], l'édit la menace des moyens de contrainte indirects que les magistrats romains emploient contre des particuliers récalcitrants [32]. En vertu de la mission qui lui est confiée et qui lui donne des pouvoirs analogues à ceux d'un juge ordinaire [33], l'arbitre est autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires pour l'instruction et le jugement de la question qui lui est soumise et pour assurer l'exécution de la sentence [34]. Il juge d'après les règles du droit commun, à moins que les parties n'y aient dérogé [35]. L'instruction se fait régulièrement au lieu où le compromis a été conclu, et c'est dans ce lieu que se font les comparutions [36]. Si le compromis n'en dispose autrement, plusieurs arbitres sont tenus d'opérer toujours ensemble [37] : leurs décisions sont prises à la majorité des voix [38]; en cas de partage, le litige est soumis à un tiers

[26] Fr. 9, § 1. Fr. 41, D., *h. t.* — Le Fr. 57, D., *de re iudicata* 42, 1, qui n'exige que dix-huit ans, parle, non pas d'un *arbiter compromissarius*, mais d'un *iudex a magistratu datus*. Cf. ci-dessus, t. I, § 47, note 31 *in fine*.

[27] Fr. 9, § 2, D., *h. t.* Cf. Fr. 4, D., *de tutoribus datis* 26, 5.

[28] Fr. 51, D., *h. t.* Cf. Fr. 17 in f. D., *de iudiciis* 5, 1. — Cependant les Fr. 5. 6, D., *h. t.* admettent que le fils sous puissance statue comme arbitre *de re patris*.

[29] Fr. 3, § 1, D., *hoc titulo*.

[30] Fr. 7, § 1. Fr. 11, § 2. 4. Fr. 13, pr. § 1. 2. Fr. 17, pr. § 2. 5. 8. Fr. 32, § 3, D., *h. t.* Cf. Fr. 11, § 5, D., *eodem*. — Le compromis à l'état de *simple* pacte n'est point, en général, efficace ; mais *voy.* Fr. 11, § 3, D., *h. t.*, ci-dessus, note 8 *in fine*.

[31] Sauf naturellement le cas où l'arbitre aurait accepté, en se soumettant à une *stipulatio pœnæ*. Fr. 40, D., *h. t.*

[32] Fr. 11. 13, § in f. Fr. 15. Fr. 32, § 12. Fr. 48, D., *hoc titulo*.

[33] Fr. 1. 13, § 3, D., *h. t.* – L. 14, pr. C., *de iudiciis* 3, 1. *Voy.* cependant Fr. 15, D., *de his qui notantur* 3, 2. « Ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est » ; et ci-après, note 48.

[34] Fr. 21, § 10. Fr. 32, § 18. 19. Fr. 40. 49, § 1, D., *h. t.* Particulièrement il peut imposer des cautions et accorder des délais de grâce. Fr. 21, § 2. Fr. 32, § 16, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 179, note 10, et t. 1, § 70, notes 22. 25. 26. – Fr. 39, pr. D., *h. t.*

[35] Fr. 1, D., *h. t.* – Fr. 21, § 10. Fr. 25, pr. § 1. Fr. 27, § 4. Fr. 32, § 11. 15. 17. Fr. 33, D., *eodem*.

[36] Fr. 21, § 10. Fr. 43. 46, D., *hoc titulo*.

[37] Fr. 7, § 1. Fr. 8. 17, § 2. 4. 7. Fr. 18, D., *h. t.* – Cf. Fr. 32, § 13. 20, D., *eodem*.

[38] Fr. 17, § 6. 7. 8, D., *h. t.* — Les parties peuvent cependant convenir d'un autre mode. Fr. 32, § 13. D., *eodem*. « Cum in plures compromissum est ea conditione, UT QUAM QUILIBET, VEL UNUS DIXISSET SENTENTIAM, EO STARETUR : absentibus ceteris nihilominus qui præsens est cogetur. At si ea condicione, UT OMNES DICANT, VEL QUOD DE MAIORIS PARTIS SENTENTIA PLACUERIT, non debet singulos separatim cogere : quia singulorum sententia ad pœnam non facit. »

arbitre [39], qui, faute d'avoir été désigné d'avance dans le compromis [40], doit être choisi par les arbitres [41]; s'ils ne peuvent en convenir, il est nommé par l'autorité [42]. De quelque manière, au reste, que le tiers ait été nommé, il est entièrement libre dans son appréciation, et c'est son avis qui constitue le jugement arbitral [43]. — Dans toutes leurs opérations, les arbitres sont étroitement liés par les termes du compromis [44]; ils doivent, sous peine de nullité, statuer sur tous les points dont ils ont à connaître, de façon à amener une solution certaine [45], et prononcer leurs décisions en présence des parties [46]. La sentence définitive est immuable [47] : bien qu'elle ne soit pas qualifiée de *res iudicata* [48], elle lie les parties d'une manière absolue [49] et ne peut même être attaquée par la voie d'appel [50]. La partie succombante n'a d'autre moyen de paralyser l'effet des poursuites dirigées contre elle en vertu du jugement arbitral, que d'y opposer une *exceptio doli*, au cas qu'elle ait été victime de manœuvres déloyales ou que des irrégularités entraînant la nullité des opérations de la procédure aient été commises [51].

Abstraction faite des causes générales qui mettent fin à toutes les

[39] S'y n'y a partage que sur le *quantum* de la condamnation, il n'y a pas lieu à nommer un tiers arbitre; la loi veut, dans ce cas, qu'on admette le chiffre le moins élevé. Fr. 27, § 3, D., *de receptis* 4, 8. « Si plures arbitri fuerint, et diversas sententias dixerint, licebit sententiæ eorum non stare; sed si maior pars consentiat, ei stabitur, alioquin pœna committetur. Inde quæritur apud Iulianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, cui sententiæ stetur. Et Iulianus scribit : quinque debere præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt. »

[40] Cette faculté appartient naturellement aux parties, comme le reconnaît expressément le Fr. 17, § 5, D., *h. t.* Mais au commencement de ce fragment, Ulpien déclare nul le compromis dans lequel les parties laissent aux arbitres mêmes le choix des tiers. Comment concilier cette solution avec la disposition légale qui non-seulement autorise les arbitres partagés à désigner le tiers, mais leur en fait un devoir? Voyez les deux notes suivantes.

[41] Fr. 17, § 6, D., *hoc titulo.*

[42] Arg. L. 18, C., *de iudiciis* 3, 1. Ce droit appartient au juge compétent ordinaire, à moins que les parties n'aient délégué le choix expressément et exclusivement aux arbitres. Dans cette dernière hypothèse, si les arbitres sont au nombre de deux ou en général en nombre pair, il peut se faire que la nomination du tiers arbitre devienne impossible C'est pourquoi pareil compromis est déclaré nul par Ulpien, Fr. 17, § 5, D., *h. t.* « Si in duos fuerit sic compromissum, *ut si dissentirent, tertium adsumant*, puto tale compromissum non valere : nam in adsumendo possunt dissentire... » Cf. ci-dessus, notes 6 et 40.

[43] Fr. 17, § 6 in f. Fr. 19, pr. D., *hoc titulo.*

[44] Fr. 13, § 1. Fr. 19, § 1. Fr. 21, § 4. 6. Fr. 32, § 11. 15. Fr. 46, D., *h. t.*

[45] Fr. 37, D., *h. t.* « ... Non enim differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur... » Fr. 19, § 1. Fr. 21, pr. § 1. 3. Fr. 32, § 16. Fr. 45, D., *eodem.*

[46] Fr. 27, § 4. 5. Fr. 44. 47. 49, pr. D., *h. t.*

[47] Il n'en est pas de même des décisions qui n'ont pas le caractère de jugement *définitif*. Fr. 19, § 2. Fr. 20. 21, pr. Fr. 25, pr. D., *h. t.*

[48] Paul, V, 5 *a*, 1. — L. 1, C., *h. t.*

[49] En supposant naturellement qu'elle soit *régulière* d'après les principes développés ci-dessus, et qu'elle ne contienne rien de contraire aux bonnes mœurs. Fr. 21, § 7, D., *h. t.*

[50] L. 1. 4. 5, C., *hoc titulo.* Cf. Fr. 32, § 14, D., *eodem.*

[51] Fr. 31. 32, § 14, D., *h. t.* — L. 3, C., *eodem.* — C'est également au moyen de l'*exceptio doli*

obligations [52], le compromis, ainsi que l'arbitrage, finissent par l'expiration du délai convenu [53]; par la déconfiture ou le décès de l'une des parties [54], à moins, pour la dernière hypothèse, que le compromis ne comprenne expressément les héritiers [55]; par le décès ou l'incapacité de l'un des arbitres [56]; par le déport de l'un des arbitres, pourvu qu'il y ait des motifs reconnus légitimes [57]; enfin si, pour une cause quelconque, la contestation vient à cesser avant le prononcé de la sentence [58].

DE QUELQUES CONVENTIONS ACCESSOIRES AYANT POUR BUT D'ASSURER L'EXÉCUTION D'UNE OBLIGATION.

§ 258. *De la clause pénale*, stipulatio pœnæ.

Les Romains appellent *stipulatio pœnæ* toute stipulation qui a pour but d'imposer au promettant une prestation en faveur du stipulant, pour le cas où tel fait convenu entre les parties se réalisera ou ne se réalisera pas. De sa nature, la *stipulatio pœnæ* n'est donc autre chose qu'une convention conditionnelle, et à ce titre, nous n'aurions pas besoin de nous en occuper spécialement, si les Romains n'avaient eu l'habitude d'ajouter pareille stipulation à d'autres conventions, afin d'assurer indirectement l'efficacité de ces dernières. Dans cette application, la *stipulatio pœnæ*, devenant convention accessoire, modifie sensiblement son caractère [1].

que la partie intéressée doit faire valoir les objections que le législateur moderne protége par la voie, plus rationnelle et plus efficace, de la *récusation*. Fr. 32, § 14, D., *cité*. « Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, *testationibus etiam conventus ne sententiam diceret*, nihilominus, nullo cogente, perseverasset *rel.* » Cf. Fr. 9, § 3. 4. Fr. 31, D., *h. t.* – L. 3, C., *eodem*.

[52] Telles que l'exécution de la sentence, le payement de la peine stipulée, la remise de cette peine, la résiliation du compromis par le commun accord des parties, etc. Fr. 9, § 5. Fr. 10. 11, pr. Fr. 13, pr. Fr. 21, § 9. Fr. 32, § 1. Fr. 34, § 1, D., *h. t.* — Une énumération nullement limitative des causes de cessation du compromis se trouve au Fr. 32, § 3, D., *h. t.* « ... Die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto. »

[53] Fr. 21, § 5. 8. Fr. 32, § 3, D., *h. t.* – L. 1, C., *eodem*. — Pour la prorogation du délai : Fr. 13, § 4. Fr. 21, § 5. Fr. 25, pr. § 1. Fr. 27, pr. Fr. 32, § 11. 21. Fr. 33. 39, § 1. Fr. 50, D., *h. t.*

[54] *A*) Fr. 17, pr. D., *h. t.* – *B*) Fr. 27, § 1. Fr. 32, § 3. 10. Fr. 49, § 2, D., *eodem*. — *Quid* si l'une des parties tombe en démence? Fr. 47, § 1. Fr. 48. 49, pr. D., *h. t.*

[55] Bien entendu, les héritiers de *toutes les parties*. Fr. 27, § 1. Fr. 47, pr. Fr. 49. § 2, D., *h. t.* — La sentence rendue avant le décès de l'une des parties est naturellement obligatoire pour les héritiers. Fr. 27, § 1. Fr. 37, D., *eodem*.

[56] Fr. 9, § 1. Fr. 32, § 3. Fr. 40. 45, D., *h. t.* – L. 3, C., *de iurisdict. omnium iudicum* 3, 13.

[57] Fr. 3, § 1. Fr. 9, § 4. 5. – Fr. 10. 11, pr. Fr. 15. 16. 17, pr. § 1. Fr. 32, § 4, D., *h. t.*

[58] Fr. 32, § 5, D., *h. t.* « ... Si de negotio transactum est, vel homo mortuus est de quo erat compromissum : nisi si posteriore causa aliquid litigantium intersit. »

[1] Les Romains auraient sans doute mieux fait de créer deux termes différents pour ces deux applications de la stipulation. D'une part, en effet, il est incontestable que le mot *pœna* est plus ou moins déplacé dans l'espèce que nous distinguons par l'épithète *principale*. D'autre part, il y

A) Considérée comme convention accessoire, la *stipulatio pœnæ* suppose nécessairement une obligation principale [2], civile ou naturelle, présente ou future, pure et simple ou conditionnelle. Le but que les parties se proposent en ajoutant une clause pénale à une obligation peut être double : d'abord de garantir indirectement l'exécution de l'obligation principale en soumettant le *promissor* au payement de la peine, au cas qu'il n'exécute pas, ce qui est l'utilité principale de la *stipulatio pœnæ* ajoutée aux simples pactes [3]; ensuite de décharger, en cas d'inexécution de l'obligation principale, le créancier du fardeau de la preuve relativement aux dommages et intérêts, tant pour l'existence que pour le montant du préjudice [4]. C'est par cette dernière considération que la clause pénale avait régulièrement pour objet une somme d'argent, *pecunia certa* [5], dont le payement pouvait être poursuivi de la manière la plus expéditive au moyen de la *condictio certi* [6]. Le montant de la peine promise dépend entièrement de l'arbitraire des parties, sans qu'elles puissent cependant se servir de cette forme pour cacher des conventions usuraires [7].

a une différence sensible dans les effets produits par les deux hypothèses. Cela étant, il est tout naturel que l'emploi du même terme pour désigner deux institutions différentes fasse naître quelque confusion. C'est ce qui est arrivé, en effet, et c'est à cette confusion qu'il faut attribuer la plupart des difficultés auxquelles notre matière a donné lieu. Il résulte cependant de plusieurs passages que les jurisconsultes romains reconnaissaient eux-mêmes fort bien la différence fondamentale que nous avons signalée. *Voy.* surtout le Fr. 115. § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1, où Papinien distingue soigneusement la *stipulatio quæ a condicione cœpit*, qui est notre convention principale (stipulation conditionnelle ordinaire), et la *stipulatio quæ non a condicione cœpit*, qui est notre convention accessoire, à laquelle le nom de *clause pénale* devrait être appliqué exclusivement. Cf. Fr. 44, § 5. 6, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 1, § 8, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 24, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

[2] C'est pourquoi elle est nulle quand elle est ajoutée à une convention nulle. Fr. 61. 69. 123. 134, pr. D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — L. 2, C., *de inutilibus stipulationibus* 8, 39. — Il va de soi que cela ne s'applique point à la *stipulatio pœnæ*, considérée comme convention principale. Ci-après, note 23.

[3] PAUL, II, 22, 2. « Omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit. » Nous en avons vu un exemple dans le *compromis*, au paragraphe précédent. La *stipulatio pœnæ* n'était pas moins usitée ni moins nécessaire dans les *transactions*. *Voy.* ci-après, note 21.

[4] C'est là l'utilité principale et probablement l'origine des *stipulationes pœnæ* ajoutées aux obligations civiles, § 7, I., *de verb. obl.* 3, 15. Cf. Fr. 41. 42, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 38, § 17, D., *de verb. obl.* 45, 1 (§ 19, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19). « .... committitur stipulatio etiam ei cuius *nihil intersit* ». Cf. ci-dessus, § 176, note 1 et § 212, notes 3-6; § 213, notes 6. 7. 24; § 246, notes 2. 3. 41.

[5] Fr. 28, D., *de receptis* 4, 8. « Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit; ut puta QUANTI EA RES ERIT. » — Nous ne trouvons pas un seul exemple d'une *stipulatio pœnæ* ayant pour objet autre chose qu'une somme d'argent. Le Fr. 11, § 2, D., *de receptis* 4, 8, en parle cependant comme d'une éventualité possible : « Pœna numaria vel alia res vice pœnæ promissa. »

[6] *Voy.* ci-dessus, § 195, notes 9 sqq. et § 246, notes 2. 3. 41.

[7] *A*) Fr. 32, pr. D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 56, pr. D., *de evict.* 21, 1. — Fr. 38, § 17 in f., D., *de verb. obl.* 45, 1. — *B*) Fr. 13, § 26, D., *emti* 19, 1. — Fr. 9, pr. Fr. 55, D., *de usuris* 22, 1. — L. 15. 16, C., *eodem* 4, 32.

La peine promise est encourue, *pœna* ou *stipulatio committitur* [8], dès qu'il y a inexécution de l'obligation principale [9]. Pour comprendre la portée pratique de cette proposition [10], il faut distinguer si l'obligation principale est présente ou si un terme a été fixé pour son exécution. Dans le premier cas, le créancier a le droit de poursuivre le payement de la peine *statim*, c'est-à-dire aussitôt que l'obligation, ayant pu être exécutée, ne l'a point été [11]. Cependant le débiteur peut éviter le payement de la peine en exécutant avant qu'il ait été procédé à la *litis contestatio;* car dès lors la condition d'où dépend la peine n'existe plus [12]. Quand un terme est fixé pour l'exécution de l'obligation principale, le créancier ne peut exiger la peine avant l'expiration du terme; mais si le terme s'écoule sans que l'exécution ait eu lieu, la peine dès ce moment est encourue d'une manière irrévocable [13]. Cette conséquence découle de la nature des choses. Pourtant il paraît que quelques jurisconsultes avaient cherché à faire fléchir la rigueur de la règle en exigeant une interpellation préalable; mais Justinien a formellement rejeté cette opinion en statuant que la seule expiration du terme fera encourir la peine, sans qu'il soit besoin de mise en demeure [14]. — Telles sont les règles générales d'après lesquelles se résout la question de savoir à quel moment la peine promise est encourue. Ces règles subissent cependant des modifications importantes par suite du caractère accessoire de la clause pénale [15]. Il

[8] Pour le sens du mot *committere, committi,* voyez ci-dessus, § 249, n° 3.

[9] Rappelons ici que l'exécution incomplète ou partielle constitue une inexécution (Fr. 25, § 13, D., *fam. erc.* 10, 2. — Fr. 47, D., *emti* 18, 1; Fr. 23, D., *de obl. et act.* 44, 7; Fr. 5, § 3 in f. 4. Fr. 85, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1), et que même, selon les circonstances, l'exécution tardive peut avoir le même caractère. *Voy.* ci-dessus, § 170, note 16 et § 179, n° 3.

[10] Nous ne nous occupons point ici du cas où l'obligation principale consiste à ne pas faire, par la raison qu'il ne peut donner lieu à aucune difficulté : la peine ne pouvant être encourue que par suite d'un acte positif constituant une contravention à l'obligation principale.

[11] Fr. 21, § 12, D., *de receptis* 4, 8. « ... Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit, inesse quoddam modicum tempus : quod ubi præterierit, *pœna statim peti potest;* et tamen, inquit, si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit. » — Fr. 22. 23, pr. Fr. 52, D., *eodem.* — Fr. 1, § 8, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 115, § 2. Fr. 122, § 2, D., *de verb. oblig.* 45, 1. — Les Fr. 24, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2, et Fr. 23, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7, parlent, à la vérité, d'une *interpellatio* faite au débiteur, mais il n'en résulte point qu'une interpellation préalable soit *nécessaire* pour intenter l'*actio ex stipulatu.*

[12] Fr. 21, § 12, D., *de receptis* 4, 8, à la note précédente. — Fr. 52, D., *eodem.* — Fr. 84. 122, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[13] Fr. 23, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 9, D., *de nautico fœnore* 22, 2. — Fr. 23, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 77, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 12, C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8, 38.

[14] C'est là le sujet de la célèbre L. 12, C., *de contrahenda vel committenda stipulatione* 8, 38, dont il a été question au chapitre de la demeure, § 179, notes 22, c et 24.

[15] Nous pouvons renvoyer ici aux observations que nous avons présentées à l'occasion du *ius pœnitendi* dans les contrats innommés. La *condictio c. d. c. n. s.*, dans le cas où la cause future est une prestation à exécuter par celui qui a reçu, ressemble à l'*actio ex stipulatu* en exécution d'une peine conventionnelle accessoire; par contre, la *stipulatio pœnæ* constituant une convention

est, en effet, naturel que les faits qui agissent sur l'existence même de l'obligation principale ne restent pas sans influence sur l'efficacité de la *stipulatio pœnæ* [16]. Nos sources ne contiennent aucune disposition générale concernant l'effet que l'impossibilité fortuite d'exécuter l'obligation principale produit à l'égard de la peine conventionnelle; mais en combinant les diverses décisions qui s'y trouvent, nous nous croyons autorisé à établir le même principe que nous avons admis dans les contrats innommés et dans le constitut, savoir que le débiteur peut se prévaloir de l'impossibilité fortuite à l'effet de se libérer de la peine, pourvu qu'il établisse qu'il n'a pas dépendu de lui que l'obligation principale fût exécutée [17].

Dès le moment où la peine est encourue, le créancier a le droit d'en poursuivre le payement au moyen de l'*actio ex stipulatu;* mais en poursuivant la peine, il renonce implicitement à l'action résultant de la convention originaire [18]. Il y a concours électif entre l'*actio ex stipulatu,* d'un côté, et l'action en exécution de l'obligation principale ou en dommages et intérêts de l'autre [19]. Telles sont les règles générales consacrées par

principale, est régie par les principes qui dominent la *condictio c. d. c. n. s.*, intentée pour non-réalisation d'une *causa* autre qu'une prestation à exécuter par le défendeur. L'analogie, pour ne pas dire l'identité des motifs qui ont fait assimiler ces deux hypothèses, est trop facile à saisir pour que nous ayons besoin de la démontrer. *Voy.* ci-dessus, § 243, notes 43-46.

[16] Il va sans dire que le créancier n'a aucun droit quand c'est lui-même qui est cause de l'impossibilité. Fr. 1, § 3, D., *de eo per quem factum erit* 2, 10. – Fr. 22, § 3. Fr. 40, D., *de receptis* 4, 8. – Fr. 9, § 1, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 8, D., *de nautico fœnore* 22, 2. – Fr. 122, § 3, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[17] Il ne suffira donc pas de prouver qu'à une époque quelconque, cette impossibilité a été produite par cas fortuit; le débiteur doit de plus établir qu'il a fait ce qu'il pouvait pour éviter cette impossibilité, *quod per eum non stetit quominus solveretur. Voy.* ci-dessus, § 243, notes 43-46, et Fr. 9, D., *de nautico fœnore* 22, 2. – Fr. 1, § 8, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 23, *verbis* Nec aliter D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 77. 115, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Les Fr. 21, § 9, D., *de receptis* 4, 8, et Fr. 2, § 1-7, D., *si quis cautionibus in iudicio sistendi non obtemperaverit* 2, 11, paraissent, à la vérité, se contenter de la simple impossibilité fortuite, mais les cas spéciaux dont ces passages traitent renferment *ipso facto* la preuve que nous exigeons. Aussi les décisions qui suivent immédiatement le dernier texte, et qui se rapportent à des faits d'un autre genre, consacrent-elles formellement notre théorie. Fr. 2, § 6. 8. 9, D., *si quis cautionibus* 2, 11. « 6. ...Diximus, succurri etiam ei, qui tempestate, aut vi fluminis prohibitus non venit... 8. Si quis tamen, cum posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si ante profectus esset, vel tempore opportuno navigasset, ipse se arctaverit : numquid exceptio ei minime prosit? Quod quidem causa cognita erit statuendum *rel.* ... Aut quid, si tempestas quidem in mare fuit, terra autem iste potuit venire vel flumen circumire? Æque dicendum, non semper ei exceptionem prodesse *rel.* 9. Simili modo exceptio datur ei qui, cum ad iudicium venire volebat, a magistratu retentus est *rel.* »

[18] Cette règle incontestable est sanctionnée de la manière la plus positive par un très-grand nombre de passages très-explicites. Fr. 10, § 1, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 15, D., *de transactionibus* 2, 15. – Fr. 41. 42. 71, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 28, D., *emti* 19, 1. – Fr. 12, § 2, D., *de pactis dotal.* 23, 4. – Fr. 4, § 7, D., *de doli mali exc.* 44, 4. – Fr. 115, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – L. 14, C., *de pactis* 2, 3. – L. 40, C., *de transact.* 2, 4. Pourtant elle a été contestée par des auteurs modernes, comme on le verra ci-après.

[19] Conformément aux principes généraux (tome I, § 57), quand le créancier a déja obtenu le

la législation romaine; mais il va sans dire que les parties peuvent y déroger par des conventions particulières. Spécialement elles peuvent donner à la clause pénale le caractère d'un dédit, de manière que le débiteur ait la faculté de s'affranchir de l'obligation principale en payant la peine [20]; ou bien elles peuvent convenir que la peine stipulée sera cumulée avec l'action en exécution ou en dommages et intérêts [21]. Ces dérogations n'ont pas toujours besoin d'être énoncées d'une manière expresse; elles résultent quelquefois des circonstances de l'espèce [22].

B) Il nous reste à dire quelques mots de la *stipulatio pœnæ*, qui constitue une convention principale, et de la comparer avec la clause pénale accessoire dont nous venons de parler. Cette stipulation, improprement appelée *stipulatio pœnæ*, n'est autre chose qu'une convention conditionnelle ordinaire soumise aux règles générales sur les conditions. Elle diffère de la clause pénale accessoire principalement par les trois points suivants : 1° La convention accessoire exige toujours nécessairement une obligation principale dont elle dépend; la convention principale subsiste

payement de la peine, il peut, si les dommages et intérêts montent à une somme plus élevée, poursuivre le surplus au moyen de l'action résultant du contrat. Fr. 41. 42, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 28, D., *emti* 19, 1. Mais, après avoir obtenu l'exécution de l'obligation principale ou des dommages et intérêts, il n'a plus le droit de poursuivre le payement de la peine (Fr. 10, § 1, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 47, D., *emti* 19, 1.), à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. *Voy.* ci-après, note 22.

[20] Fr. 115, § 2 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Quelques auteurs ont soutenu que c'était là l'effet naturel et ordinaire de la *stipulatio pœnæ*. Cette opinion, contraire aux principes généraux et à tous les textes, s'appuie sur le Fr. 44, § 6, D., *de obl. et act.* 44, 7, où Paul dit que, dans l'espèce, il s'opère par la *stipulatio pœnæ* une *quasi novatio*. Mais il est évident que Paul n'y parle point d'une véritable novation; il entend seulement dire que le créancier qui choisit l'*actio ex stipulatu* en payement de la peine éteint implicitement l'action en exécution de l'obligation principale, comme s'il avait opéré une novation. Il est incontestable qu'il dépend, en général, du créancier de choisir l'une ou l'autre des deux voies. Cf. Fr. 29, D., *de verb. oblig.* 45, 1.

[21] Fr. 115, § 2. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Pareille convention était surtout usitée dans les transactions. Fr. 122, § 6, D., *de verb. obl* 45, 1.—L. 17, C., *de transactionibus* 2, 4.—Cf. Fr. 16, D., *de transact.* 2, 15. « Qui fidem licitæ transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et pœnam, quam, si contra placitum fecerit, rato manente pacto stipulanti recte promiserat, præstare cogitur. » Des auteurs, en se fondant sur ce passage, sont tombés dans l'extrême opposé à celui que nous avons indiqué à la note précédente, en soutenant que le créancier pouvait toujours, de plein droit et sans qu'il fût besoin de stipulation particulière, cumuler la poursuite de la peine et la demande en exécution de l'obligation principale. Mais ce passage leur est plutôt contraire; car il est évident que les mots RATO MANENTE PACTO se rapportent à *stipulanti*, c'est-à-dire qu'ils font partie, non pas de la décision du jurisconsulte, mais de la *stipulatio pœnæ;* en d'autres termes, que, dans l'espèce, les parties étaient spécialement convenues que, nonobstant le payement de la peine, la transaction resterait debout. *Voy.* aussi ci-après, § 296.

[22] EXEMPLES. *Pour le dédit :* quand l'obligation principale ne peut être poursuivie en justice. *Pour le cumul :* quand l'obligation principale consiste *non faciendo* (Fr. 122, § 6, combiné avec Fr. 133, D., *de verb. obl.* 45, 1); quand la peine est stipulée pour le simple retard (L. 12, C., *de contr. stipul.* 8, 38).

par elle-même, abstraction faite de toute autre obligation [23]. 2° Dans la convention principale, dès que la condition s'accomplit ou vient à défaillir, la peine est encourue sans qu'aucun fait extérieur ou de force majeure puisse en libérer le débiteur. 3° Mais aussi le créancier ne pourra jamais exiger que le payement de la peine ; il n'a point le droit de demander l'accomplissement de la condition [24].

Observation. En traitant des obligations indivisibles, nous avons signalé une erreur fort répandue et qui consiste à prétendre que la clause pénale aurait pour effet de rendre indivisible l'obligation principale à laquelle elle est ajoutée [25]. Partant de cette prémisse, les auteurs qui l'admettent ont appliqué aux obligations indivisibles toutes les règles qui se rapportent aux dettes sous clause pénale, ce qui n'a pas laissé que de donner naissance à un grand nombre de contradictions insolubles. On peut s'étonner à bon droit que cette opinion, contraire à la nature des choses, ait jamais obtenu le moindre accueil, quand on considère qu'aucun passage de nos sources ne déclare indivisibles les obligations sous clause pénale, et que même le texte principal qu'on cite ordinairement dans cette matière dit expressément le contraire [26]. Ce qui a induit en erreur les commentateurs des siècles derniers, c'est que la peine stipulée est due en entier toutes les fois que l'obligation à laquelle elle est ajoutée n'est pas entièrement exécutée [27]. Il suffit cependant d'un peu de réflexion pour se convaincre que ceci ne provient pas de l'indivisibilité de l'obligation principale, mais uniquement de ce que la peine est stipulée pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas son obligation, et que l'obligation n'est pas exécutée tant que la prestation qui en fait l'objet n'est pas entièrement accomplie [28]. La confusion que les interprètes ont commise

[23] Nous avons vu ci-dessus que c'est là l'hypothèse de la *pœna* promise pour le cas où un tiers ne ferait pas telle chose. Le fait du tiers n'est pas, dans ce cas, *in obligatione*, mais *in conditione*. C'est ainsi qu'il faut expliquer les § 19. 21, I., *de inutil. stip.* 3, 19, et Fr. 3, § 1. Fr. 38, § 2. 4. 13. 17, D., *de verb. obl.* 45, 1. *Voy.* ci-dessus, § 206, note 2. — Le Fr. 11, D., *de religiosis* 11, 7, appartient à un ordre d'idées analogue. *Voy.* ci-dessus, § 249, notes 1 et 46, combinées avec § 199, n° 3.

[24] Fr. 115, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 1, § 8, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2, et Fr. 24, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

[25] *Voy.* ci-dessus, § 192, observation 2.

[26] Fr. 25, § 13, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. « ... Pecunia... sub pœna promissa... licet hæc obligatio dividatur per legem duodecim Tabularum, tamen... nihilum prodest ad pœnam evitandam partem... solvere... » (ci-dessus, note 9). — *Voy.* aussi le Fr. 4, § 1. D., *de verb. obl.* 45, 1, dont nous donnons l'interprétation ci-après aux notes 34 sqq., ainsi que le Fr. 85, § 6, D., *eodem*.

[27] Fr. 47, D., *emti* 19, 1. — Fr. 5, § 3 in f. § 4. Fr. 85, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[28] Fr. 25, § 13, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 5, § 3 in f. 4. Fr. 85, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-dessus, note 9. Cela est, au reste, commun à toute obligation contractée sous condition. Fr. 56, D., *de condic. et demonst.* 35, 1. Or, la clause pénale n'est autre chose qu'une stipulation dont l'efficacité dépend du non-accomplissement d'une condition suspensive. En matière de legs, on déroge à cette rigueur. Fr. 54, § 1, D., *de cond. et dem.* 35. 1. Cf. ci-après, t. III, § 445 note 24.

est d'autant moins excusable que déjà le jurisconsulte Paul, après avoir parlé de l'obligation sous clause pénale, cite immédiatement comme analogie la dette garantie par un droit d'hypothèque [29]. En effet, le droit d'hypothèque continue d'exister tant que la dette dont il sert à assurer le payement n'est pas entièrement éteinte, et pourtant personne n'a jamais songé à donner à cette dette le caractère d'indivisibilité. Il en est de même du cas dont nous traitons. La clause pénale ne change en rien la nature de la dette qu'elle sert à garantir, et qui reste divisible ou indivisible, selon la nature de la prestation qui en fait l'objet [30]. — Mais s'il est vrai que la stipulation accessoire d'une peine est sans influence sur le caractère divisible ou indivisible de l'obligation principale à laquelle la peine est ajoutée, par contre, le caractère de l'obligation principale peut influer sur les effets à produire par la *stipulatio pœnæ*. Ainsi, lorsque l'obligation principale est indivisible, toute contravention aura pour effet de faire encourir la peine à tous les promettants ou à tous les héritiers du promettant, alors même que la contravention n'aurait été commise que par un seul d'entre eux : *quia, nisi in solidum, peccari non potest* [31] : cependant chacun des débiteurs ne sera tenu que pour sa part individuelle ou héréditaire [32]. Lors, au contraire, que l'obligation principale est divisible et que l'un des promettants ou l'un des héritiers du promettant y contrevient, le coupable sera seul tenu de la peine conventionnelle, et il n'en sera tenu que pour sa part individuelle ou héréditaire [33]. Ces solutions rationnelles sont consacrées par plusieurs décisions du Digeste, et spécialement par un fragment de Paul, dont l'interprétation défectueuse a fait naître beaucoup d'erreurs. Le texte de ce passage est évidemment

[29] Fr. 25, § 14, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. « Idem observatur in pignoribus solvendis : nam, nisi universum, quod debetur, offeratur, iure pignus creditor vendere potest. » La même analogie est indiquée au Fr. 85, § 6, D., *de verborum obligationibus* 45, 1.

[30] *Voy.* le Fr. 4, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1, dont nous donnons l'interprétation ci-après, et Fr. 85, § 3, D., *eodem*, ainsi que les Fr. 25, § 9. 13. Fr. 44, § 5, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 32, § 2, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 2, § 2, D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5. — Fr. 18, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[31] Fr. 25, § 9. 12, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 3, § 1. Fr. 4, § 1. Fr. 131, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Pour le Fr. 9, § 1, D., *si quis cautionibus* 2, 11, *voy.* ci-dessus, § 192, note 23.

[32] Fr. 25, § 9, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2, et surtout Fr. 4, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria... » — Quant aux rapports existant entre les codébiteurs, *voy.* ci-dessus, § 192, notes 51. 52.

[33] Fr. 44, § 5, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 4, § 1, *verbis* At si D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 9, § 1, D., *si quis cautionibus*, ci-dessus, note 31 ; Fr. 11, § 6. Fr. 32, § 2, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Beaucoup de commentateurs, suivant l'opinion de Io. Bassianus, Paulus de Castro et Iason de Mayno, ont soutenu, contrairement aux décisions positives dont nous avons fait mention, que, dans ce cas, *tous* les héritiers peuvent être poursuivis et même *in solidum*. Ils se fondent principalement sur le Fr. 25, § 12, D., *familiæ ercisc.* 10, 2, mais à tort ; car, d'une part, dans ce passage, il s'agit d'un fait indivisible, et d'autre part, même dans cette hypothèse d'un fait indivisible, la peine n'est point due *in solidum* par chaque intéressé, comme nous l'avons vu ci-dessus, note 32.

altéré, tant dans le manuscrit de Florence que dans la Vulgate. Nous pensons qu'il suffit d'un léger changement, basé sur des autorités respectables, pour donner à cette loi un sens parfaitement clair, et conforme tant aux règles générales qu'aux autres fragments du Digeste qui traitent des mêmes questions. En voici la traduction d'après la leçon que nous proposons [34] : « Quelqu'un s'est engagé à payer une somme d'argent déterminée pour le cas où le contraire d'un tel fait aurait lieu. Le promettant meurt, laissant plusieurs héritiers dont l'un contrevient à la convention. La peine sera-t-elle due par tous les cohéritiers, chacun pour sa part héréditaire, ou ne sera-t-elle due que par le contrevenant, et en proportion de la part héréditaire de celui-ci? » Caton distingue : « Elle sera due par tous lorsque le fait en question est indivisible, comme, par exemple, quand le défunt avait promis de constituer une servitude de passage, ITER FIERI ; parce que la prestation d'un fait indivisible ne peut être faite que par tous ensemble [35]. Mais quand on a garanti une prestation divisible, comme, par exemple, qu'il ne sera pas agi contre l'autre partie contractante, AMPLIUS NON AGI, et qu'un seul héritier contrevient à la stipulation, lui seul devra la peine, et il ne la devra que pour sa part héréditaire [36]. — Et il donne pour raison de cette différence que, dans le premier cas, tous paraissent avoir manqué à l'engagement, parce que l'on ne peut y manquer que pour le tout, de même que dans la stipulation [37] par laquelle vous vous engagez à ne porter aucun obstacle à l'exercice de ma servitude de passage, PER TE NON FIERI, QUOMINUS MIHI IRE AGERE LICEAT. — Mais, continue Paul, ne pourrait-on pas appliquer

[34] PAUL, Fr. 4, § 1, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. « Cato libro quinto decimo scribit *pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit,* mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit : aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si factum de quo cautum est, individuum sit, veluti, *iter fieri :* quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti *amplius non agi :* tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem : " quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, UT IN ILLA stipulatione *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat* ". Sed videamus ne non idem hic sit? sed magis idem, quod in illa stipulatione, *Titium heredemque eius ratum habiturum?* Nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum, et solus agit a quo fuerit petitum. Idque et Marcello videtur : quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. » C'est dans la phrase qui se trouve entre deux astérisques que nous avons fait un changement qui nous paraît nécessaire, et qui est fondé sur les autorités que nous indiquerons dans la note 37.

[35] Même décision : Fr. 25, § 12, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 2, § 2. 5. Fr. 3, § 1 in f. Fr. 131, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[36] Même décision : Fr. 9, § 1, D., *si quis cautionibus,* ci-dessus, note 31. — Fr. 44, § 5, D., *fam. ercisc.* 10, 2. *Voy.* aussi ci-dessus, note 33, et les textes cités ci-après, note 39.

[37] « UT IN ILLA STIPULATIONE », et non pas « ILLAM STIPULATIONEM », comme lisent les Pandectes florentines, la Vulgate et la plupart des autres éditions, y compris Haloander, qui cependant fait mention de la leçon que nous venons de donner. Nous avions adopté cette leçon d'après l'autorité

cette même analogie au second cas? Non, ce cas est plutôt analogue à la stipulation : que Titius et son héritier ratifieront les actes que je pose pour eux : TITIUM HEREDEMQUE EIUS RATUM HABITURUM [38]. Car, dans ce cas également, si un seul des héritiers ne ratifie pas, lui seul est tenu. Telle est aussi l'opinion de Marcellus, bien qu'il soit certain que le principal (Titius) ne peut ratifier pour partie [39]. »

§ 259. *Des arrhes* [1].

Les Romains donnent le nom de *arrha* à tout ce que l'une de deux parties contractantes donne à l'autre en signe de perfection d'une convention et pour en assurer indirectement l'exécution [2]. Comme la clause pénale dont nous avons parlé au commencement du paragraphe précédent, les arrhes supposent l'existence d'une obligation principale [3] dont elles forment l'accessoire, et qui peut être civile, naturelle, pure et simple, conditionnelle ou à terme [4]. Elles consistent ordinairement en

du manuscrit, connu sous le nom de *Codex de Rehdiger*, indiqué dans l'édition de Gebauer et Spangenberg. Depuis, nous avons lu dans l'ouvrage de M. UBBELOHDE, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, p. 296, que la même leçon se trouve anssi dans un manuscrit de la Bibliothèque de Göttingue et dans dix éditions. — Faisons encore observer que, dans la phrase suivante, qui finit par RATUM HABITURUM, la Vulgate place les mots : « Et Paulus respondit, non idem esse : nam hac stipulatione *rel.* », ce qui est évidemment une interpolation vide de sens.

[38] Nous avons démontré ci-dessus, § 192, notes 18 et 20, pourquoi ces promesses : AMPLIUS NON AGI et RATAM REM HABERI, constituent des obligations divisibles.

[39] Décisions analogues : Fr. 32, § 2, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 2, § 2, D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5. — Fr. 18, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[1] Il est peu de matières qui aient été, autant que les arrhes, embrouillées et faussées par les commentateurs. Sans nous occuper en détail de toutes les erreurs qui ont été inventées à ce égard dans les temps modernes, nous nous bornerons à exposer la théorie romaine telle qu'elle se trouve dans nos sources, c'est-à-dire conforme aux principes généraux, sauf à donner, à la fin, l'explication véritable et naturelle du fameux Pr. I., *de emt. et vend.* 3, 23, qui a donné lieu à toutes les erreurs gratuites de l'école.

[2] (GAIUS, III, 139.) Pr. I., *de emt. et vend.* 3, 23. « ... Quod arrhæ nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractæ... » — Fr. 35, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Quant au second membre de notre définition : *pour assurer l'exécution d'une obligation*, cet élément paraissait aux Romains tellement essentiel que, dans le langage vulgaire, le mot *arrha* était synonyme de *gage*. AULU-GELLE, XVII, 2. — PLINE, *H. N.*, XXXIX, 1, 8. — ISIDORE, *Orig.*, V, 25.

[3] Aussi faut-il rejeter la division des commentateurs en *arrha pacto perfecto* et *pacto imperfecto data*, division qui n'est pas seulement étrangère au droit romain, mais encore absurde en elle-même. Car un *pactum imperfectum* n'est *rien*, et ne peut, par conséquent, servir de base à rien. L'erreur provient de ce que des arrhes peuvent être données à l'occasion d'un *contrat* qui n'est pas encore parfait à cause d'un défaut de forme; mais, dans ce cas, il y a toujours un *pacte* parfaitement parfait. Voir ci-après, notes 4 et 15.

[4] Chez les Romains, les arrhes étaient surtout usitées dans les ventes et dans les fiançailles; mais rien ne s'oppose à ce qu'on en fasse usage dans d'autres conventions. — Les fiançailles étaient de simples pactes qui n'admettaient pas de *stipulatio pœnæ*. Les arrhes étaient donc le seul moyen de leur donner une certaine efficacité indirecte. Nous parlerons plus tard de quelques particularités que présentent les arrhes dans cette application, *arrha sponsalitia*. *Voy.*, ci-après, t. III, § 307.

une somme d'argent; mais rien ne s'oppose à ce qu'on emploie d'autres objets à cet effet [5].

De leur nature, les arrhes constituent un véritable contrat réel, et l'on pourrait dire qu'elles ne sont autre chose qu'une clause pénale transformée en contrat innommé [6]. C'est aussi sous ce point de vue que les Romains les ont toujours envisagées, comme nous le verrons par les effets que la loi leur attribue. Dans l'exposé de ces effets, nous devons distinguer : 1° Si l'obligation principale est exécutée ou résiliée d'un commun accord, les arrhes sont comme non avenues, c'est-à-dire que, suivant les circonstances, elles doivent être rendues ou imputées sur les prestations réciproques [7]. Pour faire valoir ses droits, la partie intéressée se servira, selon l'occurrence, de l'action ou de l'exception résultant de la convention principale; quand il s'agit de répéter les arrhes, elle peut aussi employer la *condictio sine causa* [8]. 2° Il en est de même lorsque l'obligation ne reçoit pas son exécution sans qu'aucune faute puisse être reprochée aux parties [9]. 3° Si l'obligation n'est pas exécutée par la faute de l'une des parties, celle-ci perd les arrhes ou la valeur des arrhes. Elle les perd, si c'est elle qui les a données, et, dans ce cas, l'autre partie n'a pas besoin d'une action pour faire valoir son droit; elle gardera tout simplement les arrhes, et repoussera par une *exceptio doli* la partie coupable qui oserait les réclamer [10]. Si, au contraire, c'est par la faute de la partie qui a reçu les arrhes que l'obligation principale ne s'exécute pas, la partie qui les a données peut non-seulement répéter les arrhes données, mais encore en demander la valeur, soit par l'action du

[5] Les Romains se servaient fréquemment d'anneaux, *anuli*. PLINE, *H. N.*, XXXIII, 1. 6. — Fr. 5, § 15, D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 11, § 6, D., *emti* 19, 1.

[6] Aussi les arrhes n'existent-elles que par la dation de la chose qui en fait l'objet. *Voy.* ci-dessus, § 243, notes 24 et 25. Le mot *pactum*, qui se trouve dans la L. 3, C., *emti* 4, 49 : « Ex arrhali pacto personalis dumtaxat actio paciscentibus præparatur, » n'a aucune signification technique : *Arrhale pactum* veut tout simplement dire : « la convention arrhale ». Cf. ci-dessus, § 207, note 17.

[7] Fr. 5, § 15, D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 11, § 6, D., *emti* 19, 1. — L. 2, C., *quando licéat ab emtione discedere* 4, 45. — D'après les anciens, le mot *arrha* viendrait même de ce que, dans la vente, les arrhes sont comme un à-compte sur le prix, de sorte qu'il ne reste plus à payer que le reliquat. VARRON, *de l. l.* V, 175. « *Arrabo* sic dicta, ut reliquum reddatur. Hoc verbum a græco ἀρραβών, *reliquum*, ex eo quod debitum reliquit. » Cf. ISIDORE, *Orig.*, IX, 8. « *Arrabo* dicta quasi arra bona... Est autem arra non solum sponsio coniugalis, sed etiam pro qualibet promissa re data, ut compleatur. » — LE MÊME, V, 25. « Arra vero est primum quod pro re bonæ fidei contracta emta, ex parte datur et postea completur... et dicta arra a re pro qua traditur. »

[8] *Voy.* les passages cités à la note précédente, et surtout le Fr. 11, § 6, D., *emti* 19, 1.

[9] Fr. 8, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Arg. Fr. 6, pr. D., *eodem*. « ... Si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur... » — Nous pensons cependant qu'il faut appliquer ici la nuance que nous avons signalée dans la *stipulatio pœnæ*, à cause de l'analogie indiquée ci-dessus, note 6. Cf. § 238, note 17.

[10] Fr. 6, pr. D., *de lege comm.* 18, 3. — L. 17 in f. C., *de fide instrum.* 4, 21. — L. 1, C., *de pactis inter emt. et vend.* 4, 54.

contrat principal, soit par l'*actio præscriptis verbis* [11]. Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, la partie non coupable a le choix, comme dans la *stipulatio pœnæ,* soit de garder les arrhes, en renonçant à l'obligation principale, soit d'exiger l'exécution de cette dernière, ce qui implique alors renonciation aux arrhes [12]. Jamais le débiteur ne pourra forcer le créancier à prendre l'un de ces partis plutôt que l'autre [13]; en d'autres termes, les arrhes, à moins de convention particulière [14], n'ont jamais le caractère d'un dédit stipulé en faveur du débiteur [15].

[11] Pr. in f. I., *de emt. et vend.* 3, 23. — L. 17 in f. C., *de fide instrum.* 4, 21. « Illud etiam adiicientes, ut in posterum, si quæ arrhæ super facienda emtione cuiuscunque rei datæ sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis (licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat), tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emtione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda. » (Cf. L. 5, C., *de sponsalibus* 5, 1.) — Pour l'*actio præscriptis verbis,* voyez le Fr. 17, § 5, D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et ci-après, § 266 *in fine.*

[12] Tout ce que nous avons dit ci-dessus (§ 258, notes 18-22), de la *stipulatio pœnæ* s'applique par analogie aux arrhes.

[13] Nous devrions soutenir cette thèse, qui est une conséquence rigoureuse des principes généraux, quand même aucun texte ne la consacrerait; mais elle est sanctionnée expressément, à propos d'une vente faite sous clause commissoire, dans le Fr. 6, pr. D., *de lege commissoria* 18, 3. « De lege commissoria interrogatus ita respondit : si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhæ vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. »

[14] Il va sans dire que les parties ont à cet égard la plus grande latitude. Ainsi elles peuvent convenir que les arrhes constitueront un dédit en faveur de celui qui les reçoit aussi bien qu'en faveur de celui qui les donne. De fait, elles constitueront toujours un dédit en faveur du vendeur qui les reçoit dans une vente sous clause commissoire. Dans ce cas, en effet, le non-payement du prix l'autorise à tenir la vente pour non avenue, *si ea lege uti velit;* et, de plus, il gardera les arrhes, que l'acheteur ne saurait répéter sans s'exposer à l'*exceptio doli,* fondée sur ce que c'est par sa faute que l'obligation principale n'a pas été exécutée, *quod per eum factum est quominus legi pareretur. Voy.* la note précédente, et ci-dessus, § 249, notes 21 sqq.

[15] Cette opinion que nous professons depuis environ quarante ans, et qui commence à trouver quelque faveur, est contraire à la théorie qui, jusque dans les derniers temps était généralement admise et d'après laquelle les arrhes sont de leur nature tantôt confirmatoires, tantôt pénitentielles, c'est-à-dire autorisant les parties à se dédire de la convention à l'occasion de laquelle elles ont été données, *arrha confirmatoria* * et *arrha pœnitentialis* *. Cette distinction a d'abord le grand défaut d'être parfaitement stérile; car les commentateurs ne nous indiquent aucun symptôme ou caractère auquel nous puissions reconnaître si, dans une espèce donnée, les arrhes sont confirmatoires ou pénitentielles. Mais, de plus, elle est contraire à tous les principes généraux, à l'analogie des autres conventions accessoires (notamment de la *lex commissoria* et de la *stipulatio pœnæ*) ainsi qu'à la lettre et à l'esprit de toutes les décisions que nous trouvons dans nos sources. C'est un passage des *Institutes* qui a donné naissance à cette erreur. Pourtant ce passage est on ne peut plus clair et simple, et il faut avoir l'esprit entièrement prévenu pour ne pas trouver et adopter l'interprétation naturelle que nous allons en donner. Au Pr. I., *de emt. et vend.* 3, 23, Justinien commence par copier littéralement Gaius en ces termes : « La vente est parfaite dès que les parties sont convenues du prix, bien que le prix n'ait pas encore été payé et qu'il n'ait pas été donné d'arrhes; car ce qui est donné à titre d'arrhes ne sert qu'à constater la conclusion du contrat de vente. » Mais, continue-t-il, « cela n'est vrai qu'à l'égard des ventes ordinaires, qui se parfont sans écrit. Car, quand les parties sont convenues que la vente ne serait parfaite qu'après avoir été rédigée par écrit, elles ne sont liées qu'après que cette formalité aura été accomplie (voir ci-dessus, § 200, note 12). Avant ce moment, elles peuvent se retirer les unes et

DES INTERCESSIONS, ET SPÉCIALEMENT DU CAUTIONNEMENT.

§ 260. *Des intercessions en général.*

Le mot *intercessio,* dans le sens vulgaire et général, comprend toute intervention d'une personne en faveur d'une autre; mais, dans le sens technique qui nous occupe ici, on entend par *intercessio* l'acte par lequel, volontairement et sans y être obligé, nous prenons à notre charge la dette d'un autre [1].

L'intercession exige donc la réunion des conditions suivantes : 1° Il faut que nous intervenions volontairement et sans y être tenu [2]. 2° Notre intervention doit avoir pour effet de nous imposer une obligation [3]. Celui qui donne une chose ou paye pour un autre ne fait pas un acte d'intercession [4], parce qu'il n'en résulte point une obligation pour lui [5].

les autres impunément, *sine pœna.* » Les mots *sine pœna* rappellent alors à l'empereur les arrhes dont il a parlé au commencement du passage, et il continue comme suit : « Quand nous avons dit que les parties peuvent se dédire *impunément,* cela ne doit s'entendre que du cas où rien n'a encore été donné à titre d'arrhes. Car lorsque des arrhes ont été données, les parties ne peuvent se dédire *sine pœna;* celle qui refuse d'accomplir le contrat subit une perte : si c'est l'acheteur, il perd ce qu'il a donné; si c'est le vendeur, il est tenu de rendre le double. Et cet effet a lieu tant dans les ventes par écrit que dans celles qui se parfont sans écrit, et sans qu'il soit besoin d'aucune convention à cet égard (car la remise des arrhes renferme naturellement ces conséquences). » Rien dans ces paroles n'indique l'intention de l'empereur de renverser l'ancienne législation sur les arrhes; il ne s'occupe pas même de la question de savoir si les arrhes constituent un dédit. Seulement, en parlant du cas où les parties veulent se départir d'une vente, il dit qu'elles peuvent le faire impunément lorsque la vente n'est pas encore parfaite, mais que, même dans ce cas, elles ne le feront pas impunément si des arrhes ont été données; car alors la partie coupable perd les arrhes ou doit en restituer la double valeur. Voilà la substance de sa décision; le reste ne contient que des propositions incidentes ou accessoires.

[1] C'est surtout à cause du sénatus-consulte Velléien (ci-après, § 265) qu'il importe en droit romain de fixer le sens du mot *intercessio.* Abstraction faite de cette loi spéciale, l'opération que les Romains désignent par le nom d'*intercession* n'a pas d'importance particulière.

[2] Fr. 3, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. « Sed si eum defendat (mulier), qui damnatus regressum ad eam habeat, velut cum... fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur. » — Fr. 13, pr. Fr. 22, D., *eodem.* — Fr. 24, pr. D., *eodem.* « Debitrix mulier a creditore delegata, pro eo, cui delegata est, promisit : non utetur exceptione (senatusconsulti Velleiani).

[3] « Alienam obligationem in se suscipere. » Fr. 2, § 5. Fr. 8, § 1, *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — L. 1. C., *eodem* 4, 29.

[4] Fr. 4 in f. Fr. 21, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. Mais la constitution d'un droit de gage ou d'hypothèque sur notre chose pour sûreté de la dette d'un autre constitue une *intercessio.* Fr. 8, pr. D., *eodem.*

[5] Fr. 4, § 1. Fr. 5, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. Cf. Fr. 8, § 2, D., *eodem.* — L. 4, C., *eodem* 4, 29. — Il en est de même si nous déléguons notre débiteur au créancier d'un autre; car nous ne contractons par là aucune obligation. Fr. 8, § 5, D., *eodem.* — Le Fr. 22, § 2, D., *eodem,* paraît, à la vérité, contraire; mais il faut bien admettre que, dans cette espèce, la délégation se faisait à la suite et en exécution d'un autre acte qui impliquait une véritable *intercessio*, comme dans l'hypothèse du Fr. 8, § 5, D., *eodem.*

3° L'obligation que nous nous imposons doit être celle d'un autre [6], et elle doit nous être imposée par suite d'une convention avec le créancier de la personne pour laquelle nous intervenons [7].

Eu égard à l'effet que l'intervention produit relativement à la personne pour laquelle nous intervenons, on distingue l'intercession privative et l'intercession cumulative. Il y a *intercession privative* lorsqu'elle a pour effet de libérer celui pour lequel nous intervenons ou d'empêcher qu'il ne devienne débiteur [8]. La dernière hypothèse ne présente rien de particulier; quant à la première, comme elle suppose toujours l'extinction d'une obligation existante, ce sera au titre qui traite de l'extinction des obligations que nous aurons à nous en occuper [9]. L'intercession est *cumulative*, lorsque l'obligation que nous nous imposons vient se joindre à l'obligation d'un autre, qui continue de subsister [10]. Cette intercession peut se faire de deux manières, soit en nous portant personnellement garant pour un autre, soit en donnant pour lui une garantie réelle, par exemple, en engageant ou en hypothéquant notre chose [11]. La garantie personnelle que nous fournissons pour un autre s'appelle cautionnement. C'est de cette espèce d'intercession que nous avons à traiter ici.

Pour donner force civile à un cautionnement, les Romains se servaient

[6] ALIENAM OBLIGATIONEM : c'est là une condition essentielle de toute intercession. Fr. 2, § 5. Fr. 3. Fr. 8, § 1. Fr. 15. 17. 19, § 2. 3, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 13, pr. D., *eodem*. « Aliquando licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc senatusconsulto. Quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit, etc. » — Il n'y a pas d'intercession non plus quand nous garantissons quelqu'un des risques et périls d'une entreprise qu'il veut tenter. Fr. 5. 19, § 1. 2, D., *ad Sc. Vell.* 16, 2.

[7] L'adition ou l'achat d'une hérédité, tout en entraînant pour nous la charge des dettes du défunt, ne constitue pas une intercession. Fr. 32, pr. Fr. 13, pr. Fr. 19, § 3, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. Cf. Fr. 95, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — Au reste, les termes dont nous nous sommes servi dans le texte, *avec le créancier de la personne pour laquelle nous intervenons*, ne sont pas tout à fait exacts, comme on le verra par le cas cité à la note suivante. Pour être rigoureux, il faudrait ajouter : ou *avec quelqu'un qui doit ou devait devenir créancier*, etc. Fr. 2, § 1. Fr. 8, § 14, D., *ad Sc. Vell.* 16, 1.

[8] Fr. 2, § 1. Fr. 11. 12, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 8, § 14, D., *eodem*. « Si, cum essem tecum contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse... » — Fr. 29, pr. D., *eodem*. « Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare et cum eis contrahere, sed quoniam facultates eius suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam, et ab ea pignus accipere; mulier eamdem pecuniam dedit heredibus, et ab his pignus accepit. Quæro : an intercessisse videatur, et an pignora, quæ ipsa accepit, teneantur creditori ? Paulus respondit : si creditor, cum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis his, magis mulierem ream elegit, et in ipsius persona senatusconsulto, quod de intercessionibus factum est, locum esse, et pignori ab ea data non teneri... » — L. 4. 19, C., *eodem* 4, 29.

[9] *Voy.* ci-après, § 293.

[10] On a l'habitude de diviser encore l'intercession cumulative en *principale*, lorsque l'intercédant se met sur la même ligne que celui pour lequel il intervient (par exemple, en se constituant, débiteur solidaire), et *accessoire* ou *subsidiaire*, lorsque l'intercédant ne s'oblige que subsidiairement et pour le cas où le créancier n'obtiendrait pas payement du débiteur principal. C'est ce dernier caractère que le cautionnement revêt dans le droit nouveau. *Voy.* ci-après, § 262.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 241, et t. I, § 155, n° 1.

de différentes formes. La forme la plus ordinaire était la stipulation, qui, dans cette application spéciale, porte, dans le droit nouveau, le nom de *fideiussio*. Mais on employait également la forme du mandat et du constitut, comme nous l'avons dit sommairement ci-dessus, §§ 220 et 251. Nous allons actuellement soumettre à un examen plus détaillé ces trois modes de cautionnement.

§ 261. *De la fidéjussion. — Introduction historique* †.

L'usage des cautions a été de tout temps très-fréquent à Rome. Nous avons vu entre autres que presque chaque acte de l'ancienne procédure exigeait l'intervention de cautions qui y figurent sous les noms de *vindex*, *vas*, *præs* [1]. Les renseignements nous manquent sur les formes que l'on employait alors pour s'obliger comme caution; mais tout fait supposer que c'étaient les mêmes que nous avons signalées ci-dessus comme ayant précédé celle de la *stipulatio* [2]. Ce n'est qu'à partir de l'époque où cette dernière fut devenue le mode général de donner force obligatoire à une convention unilatérale, que nous avons des renseignements précis sur notre matière.

La stipulation pouvait être appliquée de différentes manières au cautionnement. La caution pouvait d'abord s'obliger comme *correus promittendi*, ce qui avait pour effet de la placer sur la même ligne que le débiteur pour lequel elle intervenait [3]. C'est là un mode dont nous n'avons plus à nous occuper; il ne nous reste à parler ici que du cas où le cautionnement constitue une obligation subsidiaire et accessoire à une autre obligation principale.

Pour obtenir ce résultat, la caution s'adjoignait au promettant dans la *stipulatio*, en promettant la même chose accessoirement à lui et pour lui, absolument de la même manière que le stipulant s'adjoignait une autre personne, connue sous le nom d'*adstipulator* [4]. Par analogie de ce terme, nous pourrions bien désigner le promettant accessoire par le nom d'*adpromissor*, et ce terme se rencontre en effet dans nos sources [5]. Mais, au lieu de ce nom général, nous trouvons plus fréquemment deux termes spéciaux, *sponsio* et *fidepromissio*, pour désigner deux formes différentes sous

† Gaius, III, 115-127. — Paul, I, 20. — Tit. I, *de fideiussoribus* 3, 20. — Tit. D., *de fideiussoribus et mandatoribus* 46, 1. — Tit. C., *eodem* 8, 41.

[1] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 70, notes 17. 27-29.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 245.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 186 et § 246, notes 30-35.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 245, note 22, et § 246, notes 36-39.

[5] Festus, v. *Adpromissor*.—Fr. 64, § 4, D., *soluto matrimonio* 24, 3.— Fr. 5, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 43, D., *de solutionibus* 46, 3.

lesquelles se produit l'*adpromissio*. A côté de ces deux formes rigoureuses s'introduit ensuite une troisième forme analogue, mais plus libre, *fideiussio*, qui absorbe insensiblement les autres et finit par les remplacer [6].

Malgré les renseignements étendus que Gaius nous fournit, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser les différences fondamentales qui séparaient la *sponsio* et la *fidepromissio*. La *sponsio* était sans aucun doute plus ancienne; aussi resta-t-elle toujours accessible aux seuls citoyens romains, tandis que la *fidepromissio* pouvait être employée par les étrangers [7]. La forme des deux promesses était également différente [8]; mais quant aux conditions requises pour être valides et aux effets qu'elles produisent, elles sont soumises aux mêmes règles, qui, de plus, sont entièrement analogues, en sens inverse, à celles de l'*adstipulatio*. L'une et l'autre ne pouvaient être jointes qu'à une *obligatio verbis contracta*, et le *sponsor* comme le *fidepromissor* ne pouvaient s'engager à plus que le promettant principal, mais bien à moins [9]. Ils n'étaient tenus qu'individuellement, leurs obligations ne passant point aux héritiers; mais ils pouvaient être poursuivis, aussi bien que le débiteur principal, directement par l'*actio ex stipulatu* [10]. S'ils avaient été contraints de payer pour ce dernier, ils obtenaient le remboursement au moyen de l'*actio mandati contraria* [11].

Quand il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* pour la même dette, chacun d'eux était originairement tenu pour le tout. Cette règle rigoureuse fut modifiée par diverses dispositions législatives. La loi *Appuleia* (de l'an 652 de Rome) établissait de plein droit une espèce de société entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, de sorte que, si l'un d'eux avait payé plus que sa part, il pouvait répéter cet excédant contre les autres [12]. Une autre disposition, appartenant à une loi dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gaius [13], exigeait que le créancier qui devait recevoir des *sponsores* ou des *fidepromissores* déclarât publiquement et à l'avance pour quel objet et combien il allait en recevoir; faute de

[6] Gaius, III, 115-117. — Paul, I, 9, 5. — [7] Arg. Gaius, III, 93, 116.

[8] Gaius, III, 116. « Sponsor ita interrogatur : idem dari spondes? Fidepromissor : idem fidepromittis? Fideiussor ita : idem fide tua esse jubes?... »

[9] Gaius, III, 126. — [10] Gaius, III, 112 120.

[11] Gaius, III, 127. D'après une loi *Publilia*, de date inconnue, les *sponsores* pouvaient même de ce chef intenter l'*actio depensi*, qui avait sur l'*actio mandati* l'avantage d'emporter, en cas de contestation, la condamnation au double, et d'autoriser le demandeur à employer la *manus iniectio*. Gaius, *l. l.* Cf. le même, IV, 9. 22; Paul, I, 19, 1, et ci-dessus, t. I, § 43, note 39. Cette circonstance appuie l'hypothèse que nous avons émise ci-dessus, § 221, note 1, et d'après laquelle l'*actio depensi* serait la forme originaire de l'*actio mandati contraria*.

[12] Gaius, III, 122.

[13] Peut-être une loi de Pompée, rendue en 666. Cf. le passage de Gaius, transcrit à la note suivante, et *Scholia Bob.*, p. 333 Orelli. D'après la dernière collation du palimpseste de Vérone, faite avec le plus grand soin par M. Studemund, il paraît certain que le manuscrit de Gaius porte : « lege Cicereia ».

quoi, les *sponsores* et les *fidepromissores* avaient trente jours pour faire constater judiciairement que la déclaration voulue n'avait pas eu lieu, et ce fait constaté, ils étaient libérés [14]. La loi *Furia,* d'une date plus récente, limita la durée de l'engagement des *sponsores* et des *fidepromissores* à deux ans, et divisa de plein droit l'obligation entre tous ceux qui existaient au moment de l'exigibilité, de telle sorte qu'ils ne pouvaient être actionnés que chacun pour une part virile [15]. Cette loi ne s'appliquait qu'à l'Italie [16]; mais on finit par étendre aux *sponsores* et aux *fidepromissores* dans les provinces un rescrit de l'empereur Adrien, *epistola divi Hadriani,* qui avait été donné originairement pour la *fideiussio* et qui permettait à chaque fidéjusseur actionné de demander la division de l'action entre tous ceux de ses cofidéjusseurs qui étaient solvables au moment de la *litis contestatio* [17]. Enfin une loi *Cornelia*, applicable aux trois espèces de cautionnement par stipulation, défendit que la même personne pût s'obliger en faveur du même débiteur, envers le même créancier, dans la même année, pour plus de 20,000 sesterces, somme au delà de laquelle l'engagement était nul [18].

Tels sont les renseignements que nous avons sur la *sponsio* et la *fidepromissio* qui demeurèrent en usage jusqu'à la fin de la troisième époque. Cependant à côté d'elles l'usage avait introduit, vers la fin de la république [19], une autre forme verbale, analogue mais plus libre, qui se développa sous le nom de *fideiussio*. Ce mode de cautionnement avait l'avantage d'être accessible à tout le monde, et de pouvoir être appliqué non-seulement aux obligations verbales, mais à toutes obligations quelconques, même purement naturelles [20]. De plus, le lien qui en résultait

[14] Gaius, IV, 125. « Præterea lege ... eia cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat prædicat palam et declaret : et de qua re satis accipiat et quot sponsores et fidepromissores in eam obligationem accepturus sit. Et nisi prædixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus, intra diem tricesimum præiudicium postulare, quo quæratur, an ex ea lege prædictum sit (voir ci-dessus, t. I, § 62, note 13 *in fine*); et si iudicatum fuerit, prædictum non esse, liberantur. Qua lege fideiussorum mentio nulla fit, sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, prædicere. »

[15] Gaius, III, 121.

[16] C'est Gaius, III, 121. 122, qui nous apprend cette particularité, tout en ajoutant que la loi *Appuleia* était obligatoire dans toutes les parties de la république; mais il ne nous dit point si elle s'appliquait aussi aux *peregrini*. *Voy.* t. I, n° 112.

[17] Gaius, III, 121. 122. — § 4, I., *de fideiuss.* 3, 20. — D'après Paul, I, 20, pareille disposition se serait trouvée dans l'édit du Préteur. « Inter fideiussores, ex edicto Prætoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividitur. »

[18] Gaius, III, 124. 125. « Sed beneficium legis Corneliæ omnibus commune est..... 125. Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere, veluti si dotis nomine, vel eius quod ex testamento tibi debeatur, aut iussu iudicis satis accipiatur; et adhuc lege de vicesima hereditatum cavetur, ut ad eas satisdationes, quæ ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat. »

[19] La loi *Cornelia*, dont nous venons de parler, et qui est attribuée à Sylla, s'occupait déjà des fidéjusseurs. Cf. Gaius, III, 124. « .... Omnibus commune est. »

[20] *Voy.* le paragraphe suivant, note 2.

se transmettait aux héritiers respectifs des parties, et l'exécution en pouvait être poursuivie d'une manière aussi efficace et par la même action que dans la *sponsio* et dans la *fidepromissio*. On conçoit dès lors que ces deux institutions se soient effacées peu à peu et qu'elles aient été finalement remplacées par la *fideiussio*, qui subsiste dans le droit de Justinien comme l'unique forme du cautionnement par stipulation.

§ 262. *Conditions et objet de la fidéjussion.*

La fidéjussion exige comme première condition une obligation d'autrui que le fidéjusseur entend garantir. Le cautionnement d'une obligation nulle ou inefficace ne produit point d'effet [1]. L'origine et la nature de la dette sont au reste indifférentes. La fidéjussion s'applique à toutes espèces de dettes, civiles ou naturelles, présentes ou futures [2]; mais il va sans dire que la fidéjussion d'une dette future n'oblige le fidéjusseur qu'à partir du moment où l'obligation principale a pris naissance [3]. De la nature accessoire de la fidéjussion il résulte que l'obligation de la caution ne peut porter sur autre chose que la prestation qui fait l'objet de l'obligation principale [4], et notamment qu'elle ne peut être plus étendue que cette dernière [5]. Mais rien n'empêche qu'elle soit moins onéreuse, ou,

[1] Fr. 178, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quæ sequuntur, locum non habent. » — Fr. 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 16, § 3. 4. Fr. 70, § 4, D., *h. t.* Il faut pourtant tenir compte de ce que nous dirons ci-après, § 287, sur les *obligationes inanes* et *inefficaces*. — *Voy.* aussi, pour le droit ancien, ci-dessus, § 245, notes 20 sqq., combiné avec Gaius, III, 117. 119.

[2] Fr. 1, D., *h. t.* « Omni obligationi fideiussor accedere potest. » — *A*) § 1, I., *h. t.* « In omnibus autem obligationibus adsumi possunt (fideiussores), id est sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adiiciatur fideiussor... » Fr. 2. 6, § 2. Fr. 7. 16, § 3. 4, D., *eodem.* « Fideiussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur, etc. » — *B*) Fr. 2. 8, § 5, D., *eodem.* « Sed et si ex delicto oriatur actio, magis putamus teneri fideiussorem. » — Fr. 56, § 3, D., *eodem.* « Pro furti actione fideiussor accipi potest, item pro eo qui in legem Aquiliam commisit. Diversa est causa popularium actionum. » — Fr. 70, § 5, D., *eodem.* — *C*) *Voy.* la note suivante.

[3] § 3, I., *h. t.* « Fideiussor et præcedere obligationem et sequi potest. » — Fr. 35, D., *de iudiciis* 5, 1. « .... Neminem puto dubitaturum quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit... » — Fr. 132, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 6, § 2, D., *h. t.* « Adhiberi autem fideiussor tam futuræ quam præcedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua, vel naturalis, futura obligatio. » — Fr. 16, § 3, D., *eodem.* « Stipulatione in diem concepta, fideiussor si sub condicione acceptus fuerit, ius eius in pendente erit, ut, si ante diem condicio impleta fuerit, non obligetur, si concurrerit dies et condicio, vel etiam diem condicio secuta fuerit, obligetur. » — Fr. 57, D., *eodem.*

[4] Gaius, III, 115. 126. — Fr. 8, § 7-11. Fr. 9. 16, § 1. 2. 5, D., *h. t.* — Fr. 42, D., *eodem.* « ... Quia in aliam rem quam quæ credita est, fideiussor obligari non potest. » — Applications de ce principe aux obligations alternatives : Fr. 8, § 8. 10. Fr. 38, pr. D., *h. t.*

[5] Gaius, III, 126. « In eo iure quoque iuris par condicio est omnium sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possint, ut... plus debeant quam deberet is, pro quo

comme les Romains disent, le fidéjusseur peut s'obliger *in leviorem causam*[6], mais non pas pas *in duriorem causam*[7]. La fidéjussion contractée au mépris de cette règle est entièrement nulle [8]. — Il est dans la nature des choses que la fidéjussion exige le consentement du fidéjusseur et du créancier; mais l'intervention du débiteur principal n'est point requise. — Quant à la forme, nous avons vu au paragraphe précédent que la fidéjussion se contracte au moyen de la stipulation.

L'objet de la fidéjussion est de garantir au créancier le payement de la dette principale. Mais ce but peut se produire avec certaines nuances, pour lesquelles les jurisconsultes modernes ont créé des termes particuliers. Ainsi ils appellent *fideiussor indemnitatis* * la caution qui ne s'oblige pas originairement pour la dette entière, mais seulement pour ce que le créancier ne parviendrait pas à recouvrer du débiteur principal [9]. Un

obligarentur; at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis : nec plus in accessione esse potest, quam in principali re. » — § 5, I., *h. t.* — Fr. 8, § 7-12. Fr. 16, § 1. 2. Fr. 34, D., *eodem.* — Nos sources nous donnent plusieurs applications de cette règle. Pour les classer, nous pouvons admettre la division que les Romains admettent à l'égard de la *plus petitio* (tome I, § 75), et d'après laquelle il peut y avoir PLUS, soit *re*, soit *tempore*, soit *loco*, soit *causa*. Ainsi, RE : le fidéjusseur ne peut promettre une somme plus forte que celle de la dette principale, § 5, I., *h. t.* — Fr. § 7, D., *eodem.* TEMPORE et LOCO : le fidéjusseur ne peut s'obliger à payer avant l'échéance de l'obligation principale ou dans un endroit plus défavorable que celui de l'obligation principale. § 5, I., *h. t.* — Fr. 8, § 7. Fr. 16, § 1. 2. 5, D., *h. t.* CAUSA : le fidéjusseur ne peut s'obliger purement et simplement, quand l'obligation principale est conditionnelle (§ 5, I., *h. t.* — Fr. 8, § 7, D., *h. t.*), ou quand elle est alternative au choix du débiteur principal. Fr. 8, § 8. 9. 10, D., *h. t.*

[6] *Voy.* la note précédente : RE : § 5, I., et Fr. 8, § 7. 8. Fr. 9, D., *h. t.* — TEMPORE, LOCO et CAUSA : Fr. 8, § 10, D., *h. t.* Arg. Fr. 16, § 1. 2, D., *eodem.* — Des applications intéressantes de notre règle aux obligations conditionnelles se trouvent Fr. 16, § 5, et Fr. 70, pr., § 1, D., *h. t.*

[7] Le fidéjusseur peut cependant s'obliger d'une manière plus rigoureuse au point de vue juridique ou, comme disent les commentateurs, « *durius* obligari non potest, *arctius* obligari potest fideiussor. » Ainsi on peut cautionner par fidéjussion une dette purement naturelle, partant non munie d'action; le fidéjusseur peut ajouter à sa promesse la constitution d'une hypothèque, etc.

[8] *Voy.* les passages cités aux notes 4 à 7. Quelques auteurs ont soutenu que pareille fidéjussion n'était pas radicalement nulle, mais seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. Ils invoquent, à l'appui de cette opinion, surtout les passages suivants : d'abord le Fr. 11, § 1, D., *de const. pecunia* 13, 5, qui parle du *constitut* et non pas de la *fideiussio* (voyez § 251, note 25); ensuite le Fr. 8, § 7, D., *h. t.*, où ils lisent « *non omnino* obligari, » au lieu de « *omnino non* obligari, » comme le portent tous les manuscrits. Mais abstraction faite de ce que ce changement est arbitraire et n'a aucun fondement quelque peu authentique (à l'exception des Basiliques, toutefois), l'ensemble du passage ne permet point d'adopter cette leçon, qui, d'ailleurs, ne donnerait pas un sens net. Ajoutons que l'opinion des adversaires est contraire à toutes les autres décisions de nos sources, et notamment à la fin même du passage cité. Quant aux Fr. 1, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1, et Fr. 35, D., *mandati* 17, 1, il suffit de les lire pour se convaincre qu'ils n'ont aucun rapport à notre question.

[9] « Fideiussores in id accepti, quod a debitori servari non possit. Fideiussorem teneri in id quod minus ex pignoribus venditis redactum esset. » Fr. 41, pr. Fr. 65, D., *h. t.* — « Quanto minus servari potuerit. Quanto minus a reo consequi possit. » Fr. 32, D., *eodem;* Fr. 116, D., *de verb. obl.* 45, 1.

autre terme, *fideiussor succedaneus* *, est employé dans deux significations différentes pour désigner soit celui qui se porte vis-à-vis du créancier garant d'une personne qui a cautionné une dette (ce que les Romains appellent d'une manière plus exacte et plus expressive *fideiussor fideiussoris* [10]), soit celui qui garantit à la caution le remboursement de ce qu'elle pourra être forcée de payer pour le débiteur principal [11].

§ 263. *Effets de la fidéjussion.*

Nous aurons à examiner d'abord les effets que la fidéjussion produit à l'égard du créancier et du fidéjusseur, ensuite les rapports qui naissent ou peuvent naître entre ce dernier et le débiteur principal par suite de la *fideiussio*.

A) La fidéjussion a pour effet direct de donner au créancier de la dette principale un second débiteur, qui répond de cette dette avec le débiteur principal [1]. L'obligation de la caution, à moins de convention contraire [2], comprend la dette principale avec tous ses accessoires, y compris les dommages et intérêts en cas d'inexécution et les intérêts moratoires [3]. D'après la rigueur du droit, le créancier a le choix

[10] Fr. 8, § 12. Fr. 27, § 4, D., *hoc titulo.*

[11] Fr. 4, pr. D., *h. t.* « Potest accipi fideiussor eius actionis quam habiturus sum adversus eum pro quo fideiussi, vel mandati, vel negotiorum gestorum. » *Voy.* ci-après, § 265, notes 38 et suivantes.

[1] Fr. D., 1, *h. t.* — Fr. 1, § 8, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7.

[2] Fr. 54, pr. D., *locati* 19, 2; Fr. 56, § 2, D., *hoc titulo;* L. 5 in f. C., *de pactis inter emtorem et vendit.* 4, 54, cités à la note suivante. — L'intention contraire n'a pas besoin d'être exprimée; elle peut résulter des circonstances ou de la nature de l'engagement. C'est ainsi que le jurisconsulte Africain décide que le fidejusseur d'une somme d'argent, promise à Capoue, n'est pas passible de l'augmentation pécuniaire dont le débiteur principal peut être tenu ensuite de l'*actio de eo quod certo loco dari oportet.* Cela résulte du caractère de droit strict de la dette cautionnée (§ 178, notes 7-11). La caution est, à la vérité, obligée comme le débiteur principal, et elle doit, par conséquent, répondre ELLE-MÊME, s'il y a lieu, à l'action *de eo quod certo loco;* mais elle n'est pas tenue au delà. Cette décision se trouve au Fr. 8, D., *de eo quod certo loco* 12, 8, que les interprètes modernes ont qualifié de *lex damnata* (ci-dessus, § 182, note 6).

[3] Fr. 24, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur. » — Fr. 54, pr. D., *locati* 19, 2. — Fr. 32, pr. D, *de administr. tutorum* 26, 7. « ... Modestinus respondit, in id quod tutor conveniri potuit, fideiussorem quoque conveniri posse. » — Fr. 88. 91, § 4, *verbis* utique autem D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 56, § 2, D, *h. t.* « ... In omnem enim causam acceptus videtur (fideiussor). » — Fr. 58, § 1, D., *eodem.* — L. 5 in f. C., *de pactis inter emtorem et venditorem* 4, 54. « .... Ex more... usuras, tam ab ipso emtore, quam ab eo qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis. » Mais le fidéjusseur ne répond pas des intérêts conventionnels que le débiteur a pu promettre postérieurement à la fidéjussion (arg. Fr. 54, D., *hoc titulo;* L. 4, C., *de usuris* 4, 32; L. 7, C., *de locato* 4, 65), pas plus que des peines, autres que conventionnelles, dont le débiteur peut devenir passible. Fr. 68, pr., D., *h. t.* « Fideiussores magistratuum in pœnam vel multam quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit. » — Fr. 17, § 15, D., *ad municipalem* 50, 1. « ... Eos enim damnum reipublicæ præstare satis est, quod promitti videtur. » — L. un. C., *de periculo eorum qui pro magistratibus intervenerunt* 11, 34.

de poursuivre à son gré le débiteur principal ou la caution, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire [4]. Ce principe, qui était absolu dans l'ancien droit, a été modifié par une novelle de Justinien, qui accorde à la caution poursuivie le droit d'exiger que le créancier discute d'abord le débiteur principal. Nous parlerons ci-après de cette faculté qu'on a l'habitude d'appeler le bénéfice de discussion [5]. — Lorsque plusieurs personnes se sont, par le même acte, rendues cautions de la même dette, leur obligation est de plein droit corréale [6], et chacune d'elles peut être poursuivie et condamnée pour le tout [7]. Cette rigueur a cependant été mitigée par des constitutions impériales qui accordent aux cofidéjusseurs un moyen d'éviter la condamnation solidaire, moyen connu sous le nom de *beneficium divisionis* * [8].

L'obligation résultant de la fidéjussion s'éteint naturellement par le payement de la dette cautionnée. Dans l'ancien droit, la *litis contestatio*, intervenue entre le créancier et le débiteur principal, suffisait pour produire le même résultat, à cause de la novation qui s'opérait par cet acte de procédure [9]; mais Justinien a aboli cet effet de la *litis contestatio* en statuant que le créancier conserve ses droits et actions contre tous jusqu'au parfait payement de la dette [10]. L'obligation du fidéjusseur se trouve également éteinte par toutes autres causes qui détruisent l'élément objectif de la créance cautionnée, telles que la compensation, la novation, l'acceptilation, la confusion, la perte fortuite de la chose due, etc. [11]. Mais le fidéjusseur peut de plus, en thèse générale, faire valoir contre le

[4] Fr. 116, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 16, § 6, D., *h. t.* — L. 3. 5. 19. 23, C., *eodem.*

[5] *Novelle* 4, c. 1. *Voy.* ci-après, notes 16-21.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 186, note 12. C'est à cette hypothèse qu'il convient de restreindre le mot *cofideiussor* (*voy.* cependant ci-après, note 24 *in fine*) qui, au reste, ne se rencontre que très-rarement dans nos sources. Fr. 10, pr. Fr. 39, D., *h. t.* — Fr. 23. 25, § 2. Fr. 26, D., *de pactis* 2, 14.

[7] Si plusieurs personnes se sont successivement, et par des actes séparés, portées caution, il va de soi que chacune d'elle répond de l'intégralité de son engagement; mais il n'y a pas de corréalité entre elles.

[8] *Voy.* ci-après, notes 22-32.

[9] Le même effet était, au reste, produit à l'égard de tous les intéressés (débiteur principal, fidéjusseurs, cofidéjusseurs) dès qu'il y avait eu *litis contestatio* avec un seul d'entre eux. *Voy.* ci-dessus, § 186, notes 16-20 et Cic., *ad Atticum*, XVI, 15. — Paul, II, 17. 16. — Fr. 7, § 1, D., *de transactionibus* 2, 15. — Fr. 7, D., *de fideiuss. et nominatoribus* 27, 7. — Fr. 1, D., *ratam rem haberi* 46, 8. — L. 28, C., *h. t.*

[10] L. 28, C., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 186, notes 16. 20.

[11] *Voy.* Fr. 43, D., *de solutionibus* 46, 3; Fr. 178, D., *de regulis iuris* 50, 17 et ci-dessus, § 186, note 22. — Compensation. Fr. 4. 5, D., *de compensationibus* 16, 2 et ci-après, § 291, note 22. — Novation. Fr. 60, D., *hoc titulo;* L. 4, C., *eodem* et ci-après, § 294, notes 5. 6. — Acceptilation et liberatio legata. Fr. 2, pr. Fr. 5, pr., § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. Cf. Fr 13, § 7, D., *de acceptilatione* 46, 4, et ci-après, § 295, note 18; t. III, § 435, note 32. — Confusion. Fr. 21, § 3. Fr. 71, D., *h. t.* Fr. 38, § 5, D., *de solutionibus* 46, 3, et ci-après, § 297, notes 4. 5. 10. 11. — Serment déféré et prêté. Fr. 28, § 1, D., *de iureiurando* 12, 2. Cf. Fr. 42, D., *eodem* et ci-après, § 298, notes 17-19. — La perte de la chose, provenant d'un

créancier poursuivant tous les moyens et exceptions que le débiteur principal pourrait lui-même opposer à l'action en payement [12]; et il ne dépend pas du débiteur de priver la caution de cet avantage qui résulte naturellement du caractère accessoire de la fidéjussion [13]. Cette règle cependant ne saurait s'appliquer ni aux moyens inhérents à l'individualité du débiteur principal, tels que le bénéfice de compétence [14], ni à ceux contre lesquels le cautionnement avait précisément pour but de

fait étranger au débiteur principal éteint la dette et libère par conséquent également la caution. A la rigueur, cette conséquence devrait avoir lieu, alors même que la perte serait survenue par la faute de la caution, mais on donne, dans ce cas, contre elle une *actio de dolo* ou même une *utilis actio ex stipulatu*. Fr. 19, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 32, § 5, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 49, pr. Fr. 88. 91, § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 38, § 4. Fr. 95, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

[12] Fr. 19, D., *de exceptionibus* 44, 1, combiné avec § 4, I., *de replicationibus* 4, 15. — Fr. 11, § 5, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 51, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 14, § 6, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 9, § 3, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 16, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 4. 5, D., *de compensationibus* 16, 2. — Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. — Fr. 15, pr. Fr. 32, pr. Fr. 37. 46. 49, pr. Fr. 60, D., *h. t.* — L. 12, C., *de non numerata pecunia* 4, 30. — Cf. Fr. 3, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Conformément à la règle qui domine les *pacta ne petatur*, le fidéjusseur peut se prévaloir du *pactum in rem*, conclu entre le créancier et le débiteur principal, toutes les fois que, du chef du cautionnement, il y a recours contre ce dernier. *Voy.* ci-après, notes 40-46, et § 295. Il s'ensuit que ce droit n'appartient point au fidejusseur s'il a cautionné le débiteur *donandi animo*. Fr. 25, § 1. Fr. 32, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 5, pr. D., *de liberatione legata* 34, 3. Pareillement on refuse au fidéjusseur qui a intercédé *donandi animo* l'exception du sénatus-consulte Macédonien, par la raison que cette exception laisse subsister l'élément naturel de l'obligation. Fr. 9, § 3, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. Mais c'est à tort que quelques auteurs soutiennent que, dans les intercessions *donandi animo*, le fidéjusseur est dépouillé du droit de faire valoir toutes exceptions quelconques qui appartiennent au débiteur principal. Cette extension qui manque de toute base rationnelle, et qu'on cherche en vain à fonder sur la rédaction inexacte du § 4, I., *de replicationibus* 4, 14. « ... QUIA mandati judicio redditurus est... » est bien clairement démentie par le Fr. 16, § 1, D., *ad Sc. Vell.* 16, 1.

[13] Fr. 62, D., *de pactis* 2, 14. « Si reus, postquam pactus sit A SE NON PETI PECUNIAM (ideoque cœpit id pactum fideiussori quoque prodesse), pactus sit UT A SE PETI LICEAT : an utilitas prioris pacti sublata sit fideiussori, quæsitum est? Sed verius est, *semel adquisitam fideiussori pacti exceptionem* ulterius ei invito extorqueri non posse. » Le Fr. 27, § 2, D., *eodem*, doit évidemment être entendu d'un cas où la fidéjussion avait été consentie après le second pacte.

[14] Fr. 24, pr. D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 7, pr., D., *de exceptionibus* 44, 1. — Fr. 95, § 5, D., *de solutionibus* 46, 3. — Il en est de même du *pactum ne petatur in personam*. *Voy.* ci-après, § 295, et Fr. 21, § 5. Fr. 22, D., *de pactis* 2, 14. — Quant au bénéfice de la restitution en entier, il est certain que la caution ne peut l'exercer au nom du débiteur principal, s'il ne compète à ce dernier que pour un motif personnel (Arg. Fr. 95, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3. Le Fr. 7, § 1, D., *de except.* 44, 1, se rapporte à l'*exceptio legis Plætoriæ*, ou suppose tout au moins une *circumscriptio*); mais la caution profite du bénéfice de la restitution obtenue par le débiteur principal, à moins que le cautionnement n'ait eu précisément pour but de garantir le créancier contre le péril de la restitution, ce qui se présume, à la vérité, quand le fidéjusseur est intervenu en connaissance de cause, c'est-à-dire sachant que la créance cautionnée était susceptible d'amener une restitution en entier. PAUL, I, 9, 6. « Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur. » — Fr. 51, pr. D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 4, § 4. Fr. 13, pr., D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. — Fr. 48, § 1, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 95, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 1. 2, C., *de fideiussoribus minorum* 2, 24. — Cf. Fr. 89, D., *de adquir. vel omittenda hereditate* 29, 2.

garantir le créancier [15]. — En outre, la caution peut opposer certaines exceptions qui lui sont propres : 1° Si le créancier, usant de son strict droit [16], dirige son action en premier lieu contre la caution, celle-ci peut exiger qu'il discute d'abord, si possible, le débiteur principal, sauf à revenir à elle, s'il ne trouve pas de quoi être payé [17]. Cet avantage, introduit par une novelle de Justinien [18] et vulgairement désigné par le nom de bénéfice de discussion, *beneficium excussionis* * ou *ordinis* *, constitue dans la législation de cet empereur un effet naturel de la fidéjussion [19]; mais la caution peut y renoncer, même d'avance [20], et il va sans dire qu'elle n'en peut user quand la dette cautionnée forme une obligation purement naturelle. Il est, d'ailleurs, expressément refusé aux *argentarii* [21]. — 2° Plusieurs cautions sont tenues chacune de la totalité de la dette qu'elles ont cautionnée [22]. La loi Furia avait établi une exception à cette règle pour les *sponsores* et les *fidepromissores* [23]; mais les fidéjusseurs restèrent soumis à la rigueur du principe jusqu'à ce qu'un rescrit

[15] Exemples : Les cas prévus dans les décisions citées à la fin de la note précédente. — Le concordat forcé obtenu par le débiteur principal. Fr. 58, § 1, D., *mandati* 17, 1 et ci-après, § 301. — Cf. Fr. 5, pr. D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 1, § 14, *verb.* Plane si D., *depositi* 16, 3. — Fr. 95, § 1, *verbis.* Sane quondam D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 1, C., *h. t.*

[16] L. 3. 5. 19. 23, C., *hoc titulo* et *passim.*

[17] Ce bénéfice s'étend aux gages donnés par le fidéjusseur, c'est-à-dire que, dans le cas où des gages ont été donnés par le débiteur principal et par le fidéjusseur, le possesseur des gages donnés par ce dernier peut exiger que le créancier discute en premier lieu ceux donnés par le débiteur principal. *Nov.* 4, c. 2 et ci-dessus, t. I, § 166, note 30.

[18] *Novelle* 4, c. 1. 2. Un extrait de cette novelle se trouve dans les Authentiques du Code. Auth. Si quis C., *de fideiussoribus* 8, 41. — Justinien fait, dans la novelle citée, remonter l'origine de ce bénéfice jusqu'à Papinien; mais le texte de ce jurisconsulte qui, dans le Digeste, pourrait être rapporté à cette matière traite évidemment d'une *fideiussio indemnitatis.* Fr. 166, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[19] Le cautionnement acquiert ainsi un caractère synallagmatique et le créancier devient responsable de tout acte et de toute omission qui auraient pour effet de priver la caution de l'avantage que le bénéfice de discussion devait amener pour elle. Notamment si la discussion est impossible par suite d'un fait imputable au créancier, la caution a le droit de refuser le payement, en opposant une *exceptio doli* qu'on pourrait qualifier de *non adimpleti contractus.* Il en serait de même si la discussion donnait des résultats illusoires ou insuffisants à cause de l'insolvabilité du débiteur, pourvu que la caution pût établir que ces résultats sont une conséquence nécessaire de ce que le créancier a négligé de poursuivre le débiteur en temps utile.—Ces effets étaient dans l'ancien temps exclusivement propres à la *fideiussio indemnitatis.* Fr. 41, pr. D., *h. t.*, combiné avec Fr. 62, D., *eodem.* C'est pourquoi on dit souvent que, depuis la *Novelle* 4, tout cautionnement est de droit une *fideiussio indemnitatis.* Ce langage n'est pas rigoureusement exact, puisque la *fideiussio indemnitatis* a un caractère conditionnel; mais il n'en est pas moins vrai que les effets matériels de cette espèce particulière sont, dans le droit nouveau, communs à toutes les fidéjussions, sans que les parties aient besoin d'en convenir spécialement. *Voy.* aussi ci-après, note 30.

[20] Elle en encourt la déchéance si elle dénie faussement son obligation. Arg. Fr. 10, § 1, D., *hoc titulo.*

[21] *Novelle* 136, pr. c. 1.

[22] *Voy.* ci-dessus, notes 6-7.

[23] Gaius, III, 121. 122, et ci-dessus, § 261, notes 15-16.

d'Adrien établit en leur faveur un moyen connu sous le nom de *beneficium divisionis**[24]. D'après la constitution de cet empereur, le fidéjusseur actionné en payement du tout peut demander, par voie d'exception [25], que le créancier divise préalablement son action et la reduise à la part et portion de chaque caution. Pour que cette exception soit accueillie, il faut que les autres fidéjusseurs soient solvables au moment de la *litis contestatio* [26], ce que le fidéjusseur qui oppose l'exception doit naturellement prouver, à moins qu'il ne fournisse garantie de ce chef [27]. Si, au moment où l'un des fidéjusseurs fait prononcer la division, il y en a parmi eux d'insolvables, leurs parts se répartissent entre les autres au marc le franc [28]. Ces dispositions du rescrit d'Adrien furent confirmées

[24] Gaius, III, 121. 122. — Paul, I, 20. — § 4, I., *h. t.* « Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur; itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere ; ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio. » — Fr. 7, § 7, D., *de fideiussoribus tutorum* 27, 7. — Fr. 26. 27, § 1. Fr. 49, § 1, D., *h. t.* — L. 3, C., *de constituta pecunia* 4, 18. — Le bénéfice de division suppose naturellement que les plusieurs fidéjusseurs soient cautions pour la même dette, c'est-à-dire, pour la même prestation due par la même personne (Fr. 27, § 4. Fr. 51, § 2, D., *h. t.*). Mais est-il nécessaire qu'ils soient cofidéjusseurs proprement dits (ci-dessus, note 6), c'est-à-dire, qu'ils se soient portés cautions ensemble et par le même acte? Le contraire résulte du Fr. 48, D., *h. t.*, qui semble admettre le bénéfice à l'égard de fidéjusseurs successifs, toutes les fois qu'il résulte des termes de leur engagement ou des circonstances qu'ils ont entendu s'engager en considération d'un autre cautionnement contracté ou à contracter. Cf. Fr. 5, § 2, D., *h. t.* « Duo rei promittendi *separatim* fideiussores dederunt. Invitus creditor inter *omnes* fideiussores actiones dividere non cogitur, sed inter *eos* dumtaxat qui *pro singulis* intervenerunt... » Cette solution paraît d'ailleurs conforme à l'esprit des anciennes lois et surtout de la loi (Cicereia). Gaius, III, 123. Cf. ci-dessus, § 261, notes 12-17.

[25] Fr. 28, D., *h. t.* « Si contendat fideiussor ceteros solvendos esse, etiam exceptionem ei dandam : *si non et illi solvendo sint.* » Des interprètes modernes ont invoqué ce passage pour soutenir que la caution peut forcer le créancier à agir, au moment où elle le trouve convenable, divisément contre tous le fidéjusseurs obligés (*Voy.* t. I. § 50, notes 5. 6. 8). Il suffit de lire le passage pour voir qu'il ne contient pas un mot qui autorise cette thèse, contraire aux principes fondamentaux des actions. Cependant on ne peut refuser au fidéjusseur la faculté d'assurer ses droits éventuels par des protestations et des réserves, au cas que le créancier s'obstine, sans motifs, à ne pas faire des poursuites opportunes. Cf. ci-dessus, note 19.

[26] Gaius, III, 121, et § 4, I., *h. t.*, transcrit à la note 24. — Fr. 10, pr. Fr. 26. 27. Fr. 51, § 1. 4. Fr. 52, § 1. D., *h. t.* — L. 16, C., *eodem.*

[27] Fr. 10, pr. D., *h. t.* « Si dubitet creditor an fideiussores solvendo sint et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut *suo periculo* confideiussores conveniantur in parte, dico audiendum eum esse : ita tamen et si satisdationes offerat et omnes fideiussores, qui idonei esse dicuntur, *præsto* sint. Nec enim semper facilis est nominis emtio, cum numeratio totius debiti non sit in expedito. »

[28] § 4, I., *h. t.* « .... Ideoque, si quis ex fideiussoribus *eo tempore* solvendo non sit, hoc ceteros onerat. » — Fr. 26. 51, § 4. Fr. 52, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 48. 49, § 1, *verbis* An autem D., *eodem.* — C'est en tenant compte de cette disposition qu'on peut expliquer le Fr. 11, pr. D., *de*

par des constitutions postérieures [29], et Justinien crut en outre utile de les consacrer par une loi spéciale [30] pour le cas particulier où plusieurs personnes, en contractant une obligation dans un intérêt commun, se sont cautionnées mutuellement, ἀλληλεγγύοι, alors même que chacune d'elles se serait portée expressément caution pour le tout [31]. Le bénéfice de division cesse si la caution y a renoncé ou si elle dénie faussement son obligation; il est refusé aux fidéjusseurs d'un tuteur [32]. — 3° Enfin le fidéjusseur poursuivi pour le tout ou pour une part quelconque de la dette peut, avant de payer, exiger que le créancier le subroge dans ses droits en cédant les actions qui lui compètent du chef de la dette cautionnée, *beneficium cedendarum actionum* *. Étant devenu ainsi *procurator in rem suam*, le fidéjusseur peut alors agir soit contre le débiteur principal, soit contre ses cofidéjusseurs, s'il y a lieu, afin d'obtenir le remboursement de ce qu'il a payé pour eux [33]. Le cessionnaire acquiert les actions telles qu'elles se trouvent au moment de la cession. Il jouira donc de tous les droits accessoires, hypothèques, priviléges, etc., qui y sont attachés [34]; mais, par contre il doit aussi subir

duobus reis 45, 2, où Papinien dit que ce n'est pas *inutilement* que des *rei promittendi* se cautionnent *mutuellement*, puisque, par suite de ce cautionnement, le créancier peut, *s'il le veut* (non enim cogendus est) actionner chacun de ses débiteurs *pro divisis partibus*. Cette décision paraît singulière au premier abord, puisque le créancier a toujours la faculté de diviser son action contre des *correi debendi;* mais elle s'explique quand on considère qu'en faisant *litis contestatio pro parte divisa* avec l'un d'eux, il n'a plus aucun droit contre les autres pour la part de celui-ci, alors même qu'il n'obtiendrait point satisfaction, tandis qu'en agissant *ex fideiussione*, il conserve contre les autres le droit de recouvrer ce que l'insolvabilité de leur cofidéjusseur l'a empêché de recevoir. Cf. ci-dessus, § 186, note 18.

[29] Severus et Antoninus, L. 3, C., *h. t.* – Severus Alexander, L. 10, C., *eodem.* — Justinien, L. 28, C., *eodem.*

[30] *Novelle* 99. Cette novelle, tout en consacrant le bénéfice de division pour l'hypothèse indiquée, veut de plus que, dans le cas où les codébiteurs habitent le même lieu, le juge les appelle *tous* en cause, afin de constater la solvabilité ou l'insolvabilité de chacun d'eux et de terminer toutes les contestations par un seul et même jugement.

[31] On a soutenu que la *Novelle* 99 avait étendu à tous les *correi debendi* (ou au moins aux débiteurs devenu *correi* par *convention*) le bénéfice de division créé en faveur des cofidéjusseurs par le rescrit d'Adrien. Cette opinion trouve une apparence d'appui dans la manière dont la Vulgate traduit l'inscription de la novelle : Περὶ ἀλληλεγγύων, *de reis promittendi.* Mais le mot ἀλληλεγγύοι (de ἀλλήλους et ἐγγυάω) désigne des personnes qui se *cautionnent mutuellement*, ce que la Vulgate reconnaît, au reste, elle-même en le rendant dans le *texte* de la novelle par *alterna fideiussione obligati*, locution analogue à celle employée par Papinien au Fr. 11, pr. D., *de duobus reis* 45, 2. « ... *vice mutua fideiussores*... » *Voy.* ci-dessus, note 28.

[32] *A*) La renonciation est tacite, si le défendeur laisse aller le procès jusqu'au jugement (L. 10, § 1, C., *h. t.*); mais en dehors de ce cas, elle ne se présume pas. L. 3, C., *eodem.* – *Nov.* 99, c. 1. — *B*) Fr. 10, § 1, D., *h. t.* — *C*) Fr. 12, D., *rem pupilli salvam fore* 46, 6.

[33] *A*) Contre le débiteur principal Fr. 36. D., *h. t.* – L. 11. 14, C., *eodem.* – *Nov.* 4, c. 1 in fine. *B*) Contre les fidéjusseurs, *voy.* ci-après, note 46. – Est-il nécessaire que le fidéjusseur obtienne la cession ou au moins l'engagement de l'opérer, avant que la dette principale soit éteinte par le payement? *Voy.* ci-dessus, § 188, notes 13-18.

[34] Fr. 59, D., *h. t.* – L. 2. 11. 14. 21, C., *eodem.* — Cf. ci-dessus, § 189, B, n° 1.

les exceptions auxquelles elles peuvent être soumises[35]. Dans l'ancien droit, le créancier n'était, sous ce rapport, tenu d'aucune garantie, si ce n'est dans la *fideiussio indemnitatis* [36]; mais depuis l'introduction du bénéfice de discussion, toute fidéjussion a pris le caractère essentiellement subsidiaire de cette espèce de cautionnement, et dès lors il est incontestable que le créancier doit répondre de tout fait et de toute omission qui auraient pour effet de rendre la cession des actions illusoire ou de diminuer l'avantage que la caution devait s'attendre à en tirer. La caution pourrait même de ce chef refuser le payement [37].

B) Quels sont les droits du fidéjusseur vis-à-vis du débiteur principal? et particulièrement le fidéjusseur qui a payé la dette cautionnée a-t-il de ce chef un recours contre le débiteur? La solution de ces questions dépend des rapports et causes qui ont déterminé l'intervention du fidéjusseur [38]. Il est d'abord évident que ce dernier n'a aucun droit ni aucun recours quand il a intercédé *donandi animo*, ou quand l'obligation qu'il a cautionnée a été contractée exclusivement dans son propre intérêt [39]. Mais il en est autrement quand l'intercession a eu lieu dans l'intérêt du débiteur principal [40]. Dans cette hypothèse, le fidéjusseur n'a point, à la vérité, de prétention à élever tant qu'il n'a pas été poursuivi en payement de la dette cautionnée, à moins que le débiteur ne se soit expressément obligé de décharger la caution dans un temps déterminé ou qu'il ne diminue les sûretés qu'il présentait à l'époque du cautionnement [41]. Mais aussitôt que le créancier dirige une poursuite contre la caution, celle-ci peut prendre son recours contre le débiteur principal, afin d'être mise à l'abri de toute éventualité préjudiciable; et à plus forte raison peut-elle exiger le remboursement de ce qu'elle aura été contrainte[42] de payer pour lui[43].

[35] Ci-dessus, § 186, notes 40. 41; § 189, B, nº 2, et ci-après, notes 51. 52.

[36] *A*) Fr. 22, D., *de pactis* 2, 14; Fr. 15, § 1, D., *h. t. B*) Fr. 41, pr. D., *eodem.* — Il n'en était pas de même du cautionnement fait par mandat qualifié. Fr. 95, § 11, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. ci-après, § 264, note 16.

[37] Cf. ci-dessus, note 19 et Fr. 95, § 11, D., *de solutionibus* 46, 3.

[38] Nous nous trouvons ici sur le même terrain que dans la corréalité. Ci-dessus, § 186, notes 29-41.

[39] *A*) Fr. 9, § 3, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 6, § 2, D., *mandati* 17, 1. Cf. Fr. 40, D., *eodem.* — Fr. 5, pr. *verbis* Quid tamen D., *de liberatione legata* 34, 3. — *B*) Fr. 24, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 7, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6. — Fr. 5, pr. *verbis* Vel quid D., *de liberatione legata* 34, 3.

[40] En tout ou en partie. Seulement, quand ce n'est qu'en partie, le recours n'a naturellement lieu que dans la mesure de l'intérêt du débiteur. Cf. la note précédente.

[41] Fr. 38, § 1. Fr. 45, § 2, D., *mandati* 17, 1. — L. 10, C., *eodem* 4, 35.

[42] Il va sans dire que le fidéjusseur doit avoir agi avec les soins qu'on a le droit d'exiger de lui, et que le débiteur serait en droit de refuser le remboursement, si le fidéjusseur avait négligé de faire valoir des moyens qui devaient faire déclarer la dette éteinte. Fr. 29, pr. § 1. 2. 4, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 67, D., *h. t.* — L. 10 in f. C., *mandati* 4, 35.

[43] Au payement est assimilé tout acte quelconque du fidéjusseur qui a pour effet d'éteindre la

En ce qui concerne les moyens de droit qui lui compètent à cet effet, il faut distinguer : si le cautionnement ou le payement ont eu lieu sur l'ordre ou avec l'autorisation, expresse ou tacite, du débiteur principal, la caution peut agir contre lui par l'*actio mandati contraria* [44]. Si elle a cautionné et payé à l'insu du débiteur, elle se servira, s'il y a lieu, de l'*actio negotiorum gestorum* [45]. Dans tous les cas, elle peut obtenir du créancier la cession des actions du chef de la dette cautionnée et les faire valoir comme *procurator in rem suam* [46]. — La question de savoir si, dans le cas où la même dette a été cautionnée par plusieurs, le fidéjusseur qui a payé le tout peut exercer un recours contre les autres, ne saurait recevoir une solution affirmative [47], à moins que des conventions particulières n'aient établi des rapports autorisant pareil recours [48]. Cet état de choses pouvait amener des résultats contraires à l'équité. Aussi, la loi *Appuleia* y avait-elle porté un remède pour les *sponsores* et *fidepromissores* [49], et ensuite du rescrit d'Adrien qui accorda le bénéfice de division aux fidéjusseurs, on fut amené à autoriser le fidéjusseur, qui paye le tout, à exiger du créancier la cession de ses actions en échange du payement qu'il reçoit [50]. Mais il va sans dire que le fidéjusseur cessionnaire doit subir toutes les exceptions que la situation comporte et tout particulièrement l'exception de division [51] de la part des fidéjusseurs qui jouissent de ce bénéfice [52].

dette cautionnée. Ainsi, quand le créancier fait au fidéjusseur, *donandi causa*, remise de la dette par acceptilation, ce dernier peut exiger du débiteur principal le payement de la dette éteinte. Fr. 10, § 13. Fr. 11. Fr. 12, pr. § 1. 2. Fr. 26, § 3, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 18. 64, D., *h. t.*

[44] Gaius, III, 127. — § 6, I, *h. t.* — Fr. 4, pr. Fr. 15, pr. Fr. 18. 21, § 5. Fr. 25. 66. 67, D., *eodem.* — Fr. 6, § 2. Fr. 10, § 11-13. Fr. 11. 12. 13. 18. 20, § 1. Fr. 21. 22, pr. § 1. Fr. 29. 38, § 1. Fr. 40. 60, § 1, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 19, D., *si quid in fraudem patroni* 38, 5. — Fr. 60, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 6, C., *mandati* 4, 35. — L. 14, C., *h. t.* — Dans l'ancien droit, les *sponsores* avaient l'*actio depensi*, qui était plus rigoureuse que l'*actio mandati*. Gaius, III, 127 ; IV, 22. Cf. ci-dessus, § 261, note 11.

[45] Fr. 6, § 2. Fr. 20, § 1. Fr. 40, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 4, pr. D., *hoc titulo* et ci-après, § 274.

[46] *Voy.* ci-dessus, notes 33 sqq. — *Quid* si le débiteur principal, non averti du payement fait par la caution, a payé de son côté? Dans ce cas, la caution doit se faire céder par le débiteur principal la *condictio indebiti* dont celui-ci pourrait se servir contre le créancier qui a reçu deux fois. Fr. 29, § 1. 3, D., *mandati* 17, 1.

[47] (Gaius, III, 122) § 4 in f., I., *h. t.* — Fr. 39, D., *eodem.*

[48] Rien n'était plus facile aux cofidéjusseurs proprement dits que de créer des rapports de mandat réciproque; cependant nous n'en trouvons pas d'exemple dans nos sources.

[49] Gaius, III, 122 et ci-dessus, § 261, note 12.

[50] Julien, Fr. 17, D., *h. t.* « Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere *ceterorum nomina.* » Cf. Fr. 36, D., *eodem.* — Savigny conteste notre proposition en invoquant les passages cités ci-dessus, note 47 ; mais ces textes consacrent tout simplement le principe que, de droit, le simple payement n'autorise pas le recours.

[51] Cf. ci-dessus, notes 19. 37, et § 186, note 41.

[52] Les autres fidéjusseurs n'ont pas à se plaindre de subir le sort auquel ils se sont soumis volontairement, sans espoir fondé de le voir adoucir. Cf. ci-dessus, note 24 *in fine.*

§ 264. *Du* constitutum debiti alieni * *et du* mandatum qualificatum *.

Nous avons vu ci-dessus que les Romains se servaient aussi des formes du mandat et du constitut pour donner force civilement obligatoire à un cautionnement. Le constitut se prêtait tout naturellement à cette application. Le mandat était une voie moins directe, mais aussi efficace. La personne qui voulait cautionner chargeait celui qui devait devenir créancier de faire un prêt au tiers en faveur duquel l'intervention avait lieu, prenant ainsi le rôle de mandant, ou, comme on dit par excellence, de *mandator* [1]. De cette manière elle devenait responsable envers le créancier mandataire des suites que l'exécution du mandat entraînait, et pouvait, par conséquent, être poursuivie par l'*actio mandati contraria* en remboursement de ce que le mandataire avait déboursé en vertu de l'ordre donné. — Comme nous avons traité ci-dessus du mandat et du constitut [2], nous pourrions, à la rigueur, nous dispenser d'entrer ici dans de plus grands détails; cependant la nature particulière des rapports qui s'établissent par le cautionnement en général nous impose le devoir de comparer ces deux modes avec celui que nous venons d'examiner, et d'indiquer les analogies et les différences qui existent entre eux et la *fideiussio*.

Le constitut de la dette d'un autre [3] ressemble à la *fideiussio* en ce que l'une et l'autre de ces institutions forment une intercession cumulative, que plusieurs constituants sont tenus solidairement et que les constituants jouissent des mêmes bénéfices que les fidéjusseurs [4]. Il en diffère cependant sous plusieurs rapports. D'abord quant à la forme, le constitut se contracte par un simple pacte [5], tandis que la fidéjussion exige la forme de la stipulation; d'où résulte, pour les actions du créancier, une différence sur laquelle nous n'avons pas besoin de nous étendre davantage. Ensuite, bien que le constitut de la dette d'autrui soit également une convention accessoire qui suppose nécessairement l'existence d'une obligation principale, cette qualité agit cependant d'une manière moins rigoureuse que dans la *fideiussio* [6]. Ainsi le constituant s'oblige valable-

[1] (Gaius, III, 156 in f.) § 6, I., *de mandato* 3, 26 et ci-dessus, § 220, notes 10-14.

[2] *Voy.* ci-dessus, §§ 220-224 et § 251.

[3] *Voy.* en général Tit. D., *de pecunia constituta* 13, 5 et Tit. C., *de constituta pecunia* 4, 18.

[4] *A*) Fr. 18, § 3. Fr. 28, D., *de const. pecunia* 13, 5. — Fr. 15, D., *de in rem verso* 15, 3. — *B*) Fr. 16, pr. D., *de const. pec.* 13, 5. — L. 3, C., *eodem* 4, 18. — *C*) L. 3, C., *eodem* 4, 15. — *Nov.* 4, c. 1, où le mot ἀντιφωνήτης doit être traduit par *constituens* et non par *sponsor*, comme le fait la Vulgate. Cf. Théophile, *ad Inst.* IV, 6. 8. 9, et *Nov.* 136, *præf.* et c. 1.

[5] Fr. 14, § 3, D., *de const. pecunia* 13, 5 et ci-dessus, § 251, notes 28-30.

[6] La raison en est que, dans le constitut, il y a deux obligations ayant deux objets distincts, tandis que la fidéjussion et l'obligation principale ont identiquement le même objet et sont, sous

ment à autre chose que le débiteur principal [7], et bien qu'il ne puisse s'obliger *in duriorem causam,* le constitut établi au mépris de cette règle n'est pourtant pas nul, mais seulement sujet à réduction [8]. Enfin, le constituant ne peut invoquer les exceptions que le débiteur principal acquiert *postérieurement* au constitut, à moins que ces exceptions ne soient fondées sur des faits qui ont eu pour effet de satisfaire le créancier [9].

Quant au *mandatum qualificatum,* il constitue, comme la fidéjussion et le constitut, une intercession cumulative [10]; le *mandator* jouit des mêmes bénéfices que le *fideiussor*, et plusieurs *mandatores* sont tenus solidairement [11]. De même, l'obligation du *mandator* cesse, comme celle du fidéjusseur, lorsque la dette principale s'est éteinte *ipso iure* [12]. Mais il y a plus d'une différence qui sépare la fidéjussion et le cautionnement par mandat. Le dernier, en effet, ne suppose point, pour prendre naissance, qu'il existe une obligation à cautionner; bien au contraire, il précède régulièrement cette obligation, ou au moins il ne se conçoit guère après la création de cette dernière [13]. L'obligation du *mandator* n'est donc point une obligation accessoire. Il s'ensuit : d'une part, qu'il est tenu d'une manière absolue [14], et ne peut, en thèse générale, faire valoir des exceptions qui lui sont étrangères [15]; d'autre part, que le payement, fait par le *mandator* au créancier, ne libère point, de plein droit, le débiteur et que, par suite, le *mandator* peut encore, après le payement, exiger la cession

ce rapport, analogues aux obligations renfermées dans un rapport corréal ou solidaire. *Voy.* ci-dessus, § 271, note 5.

[7] Fr. 1, § 5, D., *de pecunia constituta* 13, 5. Cf. Fr. 3, § 2. Fr. 4. 5, pr. Fr. 25, pr. D., *eodem.*

[8] Fr. 1, § 8. Fr. 11, § 1. Fr. 12. Fr. 19, pr. § 1, D., *de pec. const.* 13, 5. — L. 2, C., *eodem* 4, 18. — Encore admet-on jusqu'à un certain point une aggravation de la position du constituant, sinon pour l'objet même de la prestation, au moins pour les modalités et autres *accidentalia.* Fr. 3, § 2. Fr. 4, pr. Fr. 25, pr. D., *eodem.* Cf. ci-dessus, § 251, note 25.

[9] Par exemple, le constituant ne peut se prévaloir de la prescription accomplie à l'égard de l'obligation qu'il a cautionnée. Fr. 18, § 1. 3, D., *eodem.*

[10] Fr. 32, D., *mandati* 17, 1.

[11] *A*) Fr. 7, D., *de fideiussoribus et nominatoribus tutorum* 27, 7. — Fr. 13. 17, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 3, C., *de constituta pecunia* 4, 18. — L. 4, C., *de fideiuss.* 8, 41. — *Novelle* 4, c. 1. Faisons, au reste, observer que le *mandator* n'a pas besoin du *beneficium cedendarum actionum.* Cf. ci-après, note 16. — *B*) *Voy.*, ci-dessus, § 221, note 19 et L. 3, C., *de constituta pecunia* 4, 18; L. 23, C., *de fideiussoribus* 8, 41.

[12] Fr. 52, § 3. Fr. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 4, C., *eodem* 8, 41.

[13] *Voy.* cependant Ulpien, Fr. 12, § 14, D., *mandati* 17, 1. « Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. Plane si, *ut exspectares nec urgeres debitorem ad solutionem,* mandavero tibi, ut ei des intervallum periculoque meo pecuniam fore dicam : verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere. »

[14] En tant, bien entendu, que le mandat a été bien et dûment exécuté. L. 7, C., *de fideiussoribus* 8, 41.

[15] Fr. 13, D., *de minoribus* 4, 4.

des actions que le créancier a contre le débiteur principal, ou plutôt qu'il peut, sans même exiger la cession, agir *utiliter* contre ce dernier [16].

265. *De l'intercession des femmes et du sénatus-consulte Velléien* †.

Des édits d'Auguste et de Claude avaient défendu aux femmes de faire des actes d'intercession en faveur de leurs maris [1]. Cette prohibition fut rendue générale par le sénatus-consulte Velléien, sanctionné sous le règne de ce dernier empereur, probablement en l'an 46, et qui défendit que les femmes pussent d'aucune manière s'obliger pour autrui [2]. Le sénatus-consulte ne parlait originairement que des fidéjussions et des cas où une femme emprunterait de l'argent pour autrui [3], mais la jurisprudence l'appliqua par des extensions successives à tous les actes d'intercession [4].

D'après les dispositions de ce célèbre sénatus-consulte, l'intercession des femmes n'était pas nulle de plein droit; mais la femme pouvait, en tout état de cause, même après le jugement obtenu contre elle [5], opposer une *exceptio senatusconsulti Velleiani* à toute demande ou mesure tendantes à obtenir l'exécution de la promesse contenue dans l'intercession [6]. Cette exception avait pour effet de frapper d'inefficacité complète l'obligation de la femme avec tous les accessoires, de manière qu'il ne restât pas même de lien naturel et que la femme pût répéter comme indûment payé ce qu'elle aurait donné en exécution de sa promesse [7]. Le sénatus-

[16] Fr. 27, § 5, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 28, D., *eodem*. « Papinianus libro tertio Quæstionum ait : mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvere, et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi deberi. » — Fr. 42, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 52, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 59, § 10. Fr. 76, D., *de solutionibus* 46, 3.

† Tit. D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Tit. C., *eodem* 4, 29.

[1] Fr. 2, pr. D., *hoc titulo*.

[2] Fr. 2, § 1, D., *eodem*. « ... Cujus senatusconsulti verba hæc sunt : QUOD M. SILANUS ET VELLEIUS TUTOR, CONSULES, VERBA FECERUNT DE OBLIGATIONIBUS FEMINARUM QUÆ PRO ALIIS REÆ FIERENT... QUOD AD FIDEIUSSIONES ET MUTUI DATIONES PRO ALIIS, QUIBUS INTERCESSERINT FEMINÆ, PERTINET... »

[3] *Fideiussiones et mutui dationes pro aliis*. *Voy*. la note précédente.

[4] Fr. 3, § 4, D., *h. t.* « ... Omnis omnino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehenditur : sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint... » — Fr. 6. 7. Fr. 8, § 8. 14. Fr. 17, § 2. Fr. 25, § 1. Fr. 29, § 1, D., *eodem*. — Fr. 1, § 1, D., *de pec. const.* 13, 5. — Fr. 48, pr. D., *de fideiuss.* 46, 1. — L. 4. 5. 7, C., *h. t.* — Mais aussi le sénatus-consulte ne comprend que les *intercessiones* (*Voy*. ci-dessus, § 260); notamment la femme est toujours libre de faire des actes de libéralité, par exemple, de *payer* la dette d'un autre, etc. Fr. 4, § 1, D., *h. t.* « ... Sed et, si tibi donatura, creditori tuo numos numeraverit, non intercedit. Senatus enim *obligatæ* mulieri succurrere voluit, non *donanti :* hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat. » Cf Fr. 5, D., *h. t.*, et L. 1. 4, C., *eodem*.

[5] Fr. 11, D., *de Senatusconsulto Macedoniano* 14, 6.

[6] Fr. 25, § 1, D., *hoc titulo*.

[7] L. 4. 9, C., *h. t.* Elle intentera la *condictio indebiti* pour répéter les choses qu'elle a *don-*

consulte profitait non-seulement à la femme personnellement, mais encore à ses héritiers et aux personnes qui avaient garanti sa promesse, soit en se portant caution, soit en donnant des gages [8].

L'application de ces règles n'offrait point de difficulté dans les intercessions cumulatives; mais dans les intercessions privatives, elle eût produit un résultat inique, puisque le créancier, en acceptant l'intervention de la femme, avait renoncé à une créance, moyennant une autre créance qu'il croyait acquérir et qui lui aurait fait défaut par suite de l'exception du sénatus-consulte. C'est par ce motif qu'on faisait alors revivre l'obligation éteinte, avec les accessoires et garanties [9], en accordant au créancier le droit de la faire valoir contre l'ancien débiteur au moyen de l'action originaire [10], qualifiée, dans ce cas, d'*actio restitutoria* ou *rescissoria* [11]. Quand la femme avait intercédé en s'obligeant directement en faveur du tiers, afin de prévenir que celui-ci ne fût obligé, le créancier acquérait, en échange de sa créance anéantie par le sénatus-consulte, l'action que la femme avait elle-même contre celui qu'elle avait empêché de devenir débiteur. On a l'habitude de donner à cette action l'épithète d'*institutoria,* par la raison que le créancier n'y recouvre pas une action qu'il avait perdue, mais qu'il en acquiert une nouvelle qui auparavant avait appartenu à une autre personne, savoir à la femme : *quia instituit magis quam restituit obligationem* [12]. Ces actions restitutoires ou institutoires ne sont données au créancier que lorsqu'il n'a pas d'autre moyen d'éviter la perte de son droit; mais aussi, dans cette hypothèse, elles lui compètent tant contre le débiteur principal que contre les codébiteurs solidaires et contre les cautions [13].

nées, le mot pris dans le sens technique, qui est *transférer la propriété* (Fr. 40, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6); elle revendiquera les choses qu'elle aura données en gage et repoussera, par la *replicatio Sc. Velleiani,* les moyens que le défendeur voudrait lui opposer. Fr. 32, § 2, D., *h. t.* — Fr. 39, § 1. Fr. 40, D., *de rei vind.* 6, 1.

[8] L. 7. 20, C., *h. t.* — Fr. 16, § 1, D., *eodem.* — Fr. 7, § 1, D., *de except.* 44, 1. — L. 14, C., *h. t.* — Fr. 2, D., *quæ res pignori* 20, 3.

[9] Fr. 13, § 1. Fr. 14, D., *h. t.* « *De pignoribus* prioris debitoris non est creditori *nova actione* opus... 14. Si mulier contra senatusconsultum intercesserit, æquum est non solum in veterem debitorem, sed et in fideiussores eius actionem restitui : nam *rel.* »

[10] Fr. 1, § 2. Fr. 8, § 7. 9, D., *h. t.* — Cette restitution de l'action a lieu, même avant et sans que la femme ait fait valoir son bénéfice (Fr. 13, § 2. Fr. 24, D., *h. t.*); encore que le créancier aurait fait à la femme remise de la dette par *acceptilation,* ou qu'il serait devenu héritier de la femme (Fr. 8, § 9. 12, D., *h. t.*). Mais il va sans dire qu'il n'en saurait plus être question si le créancier a été satisfait au moyen d'un acte contre lequel la femme ne peut revenir. Fr. 8, § 10, D., *h. t.*

[11] Ces termes peuvent se justifier selon qu'on tient compte de l'effet ou de la cause du changement, comme l'indique le Fr. 32, § 5, D., *h. t.* « Rescissa intercessione... restituenda actio est. » *Voy.* tome I, § 73, note 6.

[12] Fr. 8, § 14. Fr. 29, pr. D., *hoc titulo.*

[13] Fr. 8, § 8, D., *h. t.* — Fr. 13, § 2. Fr. 24, D., *eodem.*

La femme ne pouvait se prévaloir du sénatus-consulte lorsqu'elle n'avait éprouvé aucun préjudice, lorsque l'acte d'intercession avait eu lieu dans l'intérêt de la femme même, lorsqu'il avait eu pour objet la constitution d'une dot, lorsque le créancier avait ignoré que l'acte dont il s'agit était une intercession, lorsque la femme était devenue héritière de celui pour qui elle avait intercédé, enfin lorsqu'elle s'était rendue coupable de dol [14]. L'exception ne pouvait non plus être opposée aux mineurs [15]. Mais hors ces cas, le bénéfice du sénatus-consulte était absolu, et la femme ne pouvait y renoncer d'avance [16].

Tel était l'état de la législation romaine au temps de Justinien. Cet empereur y apporta plusieurs changements. Il ordonna d'abord que toute intercession d'une femme dût être faite par acte public passé devant trois témoins. Cette formalité est prescrite sous peine de nullité absolue, mais elle ne suffit pas pour valider l'intercession. Quand même elle aurait été observée, la femme peut encore se prévaloir de l'exception du sénatus-consulte, à moins qu'elle n'ait été indemnisée de son intercession, auquel cas, elle sera toujours tenue, même si aucun acte public n'a été dressé. La femme sera également privée du bénéfice du sénatus-consulte quand il s'agira de la liberté d'un esclave, quand, étant majeure, elle aura renouvelé son intercession après deux ans, ou quand elle y aura renoncé pour se charger de la gestion de la tutelle de ses enfants [17]. — A ces dispositions Justinien ajouta plus tard une constitution particulière qui déclare nul tout acte d'intercession de la femme pour son mari, à moins qu'elle n'en profite elle-même [18].

[14] *A*) Fr. 16, pr. Fr. 21, pr. Fr. 22, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 8, § 13, D., *eodem.* – Fr. 95, § 2, D., *de solut.* 46, 3. — *B*) Fr. 13, pr. D., *h. t.* « Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc senatusconsulto. Quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit... » – Fr. 3. 17, § 2. Fr. 19, § 3. Fr. 22. 25, § 1. Fr. 27, § 2, D., *eodem.* – L. 2. 6, pr. C., *eodem.* — *C*) L. 12. 25, C., *eodem.* — *D*) Fr. 4, pr. Fr. 11. 12. 27, pr. Fr. 28, § 1, D., *h. t.* – L. 13, C., *eodem.* — *E*) Fr. 8, § 13, D., *eodem.* Cf. ci-après, note 16 *in fine.* – *F*) Fr. 2, § 3. Fr. 23. 30, pr. D., *h. t.* – L. 5. 18, C., *eodem.*

[15] Fr. 12, D., *de minoribus* 4, 4.

[16] Mais la femme peut renoncer *ex post.* Spécialement elle est libre de s'offrir comme adversaire au créancier pour éviter que celui-ci ne poursuive le débiteur principal par l'*actio restitutoria;* et, dans ce cas, elle peut non-seulement renoncer au bénéfice du sénatus-consulte, mais elle doit le faire pour pouvoir être admise à la *litis contestatio.* Fr. 32. § 4, D., *h. t.* On pourrait encore considérer comme une renonciation *ex post* l'acquisition de l'hérédité du principal. Fr. 8, § 13, D., *eodem,* ci-dessus, note 14, *E.*

[17] *Voy.*, sur tous ces points, la L. 23, C., *h. t.* – Cf. L. 22, C., *eodem;* L. 5, C., *quando mulier tutelæ officio fungi potest* 5, 35; *Novelle* 118, c. 5.

[18] *Novelle* 134, c. 8. Un extrait de cette novelle se trouve dans Auth. Si qua mulier C., *h. t.* 4. 29.

§ 266. Des conventions aléatoires †.

On appelle aléatoires les conventions qui ont pour but d'exposer les parties à des chances mutuelles de gain ou de perte, selon qu'un événement incertain se réalise ou ne se réalise pas. Ces obligations sont de leur nature synallagmatiques, bien qu'en dernière analyse, il puisse se faire qu'une seule des parties soit tenue de faire une prestation. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner diverses espèces de conventions de ce genre, par exemple, les obligations synallagmatiques conclues sous condition casuelle ou mixte, l'*emtio spei* et *rei speratæ*, le *fœnus nauticum* [1]. Il nous reste à dire quelques mots de deux espèces dont les auteurs ont l'habitude de s'occuper spécialement, par la raison que les lois romaines les considèrent, dans certaines hypothèses, comme des conventions prohibées. Ces deux espèces sont le jeu et le pari.

Dans le premier de ces contrats aléatoires, on fait dépendre le gain de l'une des parties, et, par conséquent, la perte de l'autre, du résultat d'un jeu. Un sénatus-consulte défendit de jouer de l'argent, excepté dans les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps [2] ; encore, dans les jeux permis, l'enjeu ne peut-il, d'après une constitution de Justinien, dépasser la valeur d'un *solidus* [3]. Les autres jeux intéressés constituent des conventions réprouvées, à tel point que non-seulement la loi refuse toute action à l'effet de demander l'argent gagné, mais que la partie perdante, qui s'est exécutée, peut répéter ce qu'elle a payé au moyen de la *condictio indebiti*, et que cette action en répétition ne se prescrit que par cinquante ans. Bien plus, si le joueur ou ses héritiers n'usent pas de ce moyen, la municipalité de l'endroit peut le faire en leur lieu et place [4].

Quant au pari, il est en lui-même parfaitement valable et obligatoire [5];

† Tit. D., *de aleatoribus* 11, 5. — Tit. C., *de aleatoribus et alearum lusu* 3, 43.

[1] *Voy.* ci-dessus, §§ 205. 209, A et § 255.

[2] Fr. 2, § 1, D., *de aleatoribus* 11, 5. « Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, præterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat. » — Fr. 3, D., *eodem.* — Cf. Fr. 4, pr. D., *eodem.* « Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur. »

[3] L. 3, C., *de aleatoribus et alearum lusu* 3, 43.

[4] L. 3, C., *h. t.* Cf. Fr. 4, § 1. 2, D., *eodem.* — D'autres dispositions légales tendaient indirectement à empêcher les jeux prohibés. Les personnes qui recevaient des joueurs (*susceptores alearum*) n'avaient point d'action pour demander la réparation des dégâts et même des vols commis dans leurs maisons. Fr. 1, D., *de aleatoribus* 11, 5. — Cf. Fr. 2, § 1, D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5.

[5] Le pari était d'un emploi très-fréquent à Rome depuis les temps les plus reculés. Nous avons même vu, en traitant de la procédure, que c'est l'usage des anciens Romains de se provoquer, en cas de contestation, à une gageure, qui donna naissance au mode primitif d'introduire un procès en justice, la *legis actio per sacramentum*. Jusque sous l'empire, la forme du pari est encore fré-

mais les lois dont nous venons de parler frappent également de nullité les paris qui se rapportent à des jeux prohibés [6].

Les jeux permis et les paris ne constituent, au reste, par eux-mêmes qu'une obligation naturelle. Pour donner force exécutoire à cette obligation, il fallait la revêtir d'une forme civile. A cet effet, on se servait des deux moyens que nous avons indiqués ci-dessus [7]. Les parties se promettaient mutuellement le payement de l'enjeu par deux stipulations et dès lors la partie succombante était tenue de l'*actio ex stipulatu* [8]. Il était également d'usage de déposer l'enjeu, *pignus sponsionis*, entre les mains d'une personne tierce [9], chargée de le remettre au vainqueur et passible de ce chef de l'*actio depositi sequestraria*, ou bien de l'*actio præscriptis verbis* [10]. Enfin nous voyons aussi l'une des parties recevoir l'enjeu de l'autre, opération qui constitue entre parties un contrat innommé conditionnel, en ce sens que la partie qui a reçu l'enjeu doit restituer le double au cas qu'elle succombe dans le jeu ou dans la gageure [11].

quemment employée, quand il s'agit de soumettre des contestations à la justice ou à des arbitres choisis. *Voy.* t. I, nº 19 et § 43, notes 3-17; § 70, notes 1-11.

6 Fr. 3, D., *de aleatoribus* 11, 5.

7 *Voy.* ci-dessus, § 257, notes 2-4. Cf. § 246, note 25.

8 Ce mode était surtout usité dans les paris; aussi le terme technique pour désigner le pari, *sponsio*, est-il emprunté à la forme primitive de la stipulation (§ 215, note 15). *Voy.* Fr. 3, D., *de aleatoribus* 11, 5. — Fr. 37, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 108, pr. Fr. 129, D., *de verb. obl.* 45, 1, et les renvois indiqués à la fin de la note 5.

9 On trouve, à ce sujet, des détails intéressants dans une dissertation de Rudorff, que nous avons eu l'occasion de citer à propos du gage : *Über die Pfandklagen*, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. T. XIII, nº 4, pages 194 sqq. Nous empruntons à Rudorff les citations suivantes : Plaute, *Casina*, prol. 75; *Bacchides*, IV, 9, 133; *Persa*, II, 2, 4. — Columella, *de re rustica*, VIII, 2. — Aulu-Gelle, V, 5. — Valère-Maxime, IV, 3, 3. — Macrobe, *Saturn.*, II, 13. — Servius *ad Verg Æn.*, XI, 133. — Isidore, *Orig.*, X, litt. s (p. 1087, col. 1 édit. Gothofr.).

10 Fr. 11, § 2, D , *de receptis* 4, 8, et ci-dessus, § 240, notes 2. 5; § 257, note 3. Cf. Fr. 6, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 9, § 3, D., *de dolo malo* 4, 3, et ci-dessus, § 240, note 13.

11 Fr. 17, § 5, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Si quis sponsionis causa anulos accepit, nec reddidit victori, præscriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit. » Cf. ci-dessus, § 259, note 11.

SECTION DEUXIÈME.

DES DÉLITS.

---

§ 267. Des délits en général †.

Delinquere signifie originairement manquer; *delictum*, dans le sens technique dont il s'agit ici, est tout acte par lequel nous manquons ou contrevenons à un précepte légal qui défend de faire quelque chose [1]. Si pareil acte lèse une autre personne, l'équité demande que nous réparions le dommage que nous avons causé. Mais, parmi les actes de ce genre, il en est pour lesquels la justice sociale exige une expiation plus complète, une peine à infliger à celui qui s'en est rendu coupable. Dans les sociétés modernes, le soin de poursuivre cette expiation est confié à l'autorité publique. La même idée se rencontre chez presque toutes les nations, mais, dans les commencements de l'histoire, elle n'est guère appliquée d'une manière générale et absolue. Il n'est pas probable que les Romains aient eu, dans le principe, des lois criminelles proprement dites. Un forfait extraordinaire pouvait bien donner lieu à une mesure particulière et provoquer une peine infligée par le peuple [2]; mais il n'y avait point de dispositions générales à cet égard. Régulièrement, on laissait aux particuliers lésés le soin de poursuivre l'auteur du méfait, et la condamnation qu'ils obtenaient contre lui donnait en même temps satisfaction à la société.

Bientôt cependant on jugea nécessaire de régler d'une manière positive une question aussi importante. Nous ignorons si déjà du temps des rois la législation s'en était occupée [3]; mais la loi des Douze Tables menaça de la vindicte publique plusieurs méfaits, tels que la trahison, l'assassinat, le crime d'incendie, le vol de récolte, le parjure, l'infidélité du patron envers le client, quelques injures, les sortiléges. D'après la même loi, c'était par le *comitiatus maximus* que ces crimes étaient jugés de la

† Gaius, III, 182-225. — Tit. I., *de obligationibus quæ ex delictis nascuntur* 4, 1. — Tit. D., *de privatis delictis* 47, 1.

[1] Facciolati, v. « *Delinquere* olim usurpatum fuit pro *deesse*, *deficere*... Ceterum proprie significat *prætermittere quod non oportet præteriri*, ut Festus docet : et universim *a recta ratione deficere, flagitium admittere, peccare*, ἁμαρτάνω, πλημμελέω. »

[2] Comme le fait d'Horace, d'avoir tué sa sœur. Tite-Live, I, 26. — Cf. t. I, n° 17.

[3] Les historiens grecs, notamment Denys d'Halicarnasse et Plutarque, ne se font pas faute d'attribuer à Romulus, à Numa et à leurs successeurs, diverses lois pénales ; mais ces renseignements, quelque précis qu'ils soient, paraissent plus que suspects. — Cf. t. I, n°s 17. 18.

même manière dont le peuple exerçait le pouvoir législatif, savoir : sur la poursuite d'un magistrat et par le vote des centuries. C'est pourquoi ces jugements et ces crimes étaient appelés *iudicia* et *crimina publica* [4]. On conserva ces dénominations aux crimes et jugements dont la connaissance fut plus tard attribuée aux comices des tribus et aux tribunaux permanents, *quæstiones perpetuæ* [5]. Mais, en opposition à ces *crimina publica*, on appelait *delicta privata* les faits dommageables qui, tout en paraissant mériter une peine, ne donnaient pas lieu à un jugement public, mais autorisaient simplement une poursuite de la part du particulier lésé [6]. — Cette terminologie était parfaitement rationnelle sous la république. Pour être conséquent, on aurait dû plus tard comprendre dans la catégorie des *crimina publica* les nombreux méfaits, non prévus par les anciennes lois, qui, sous les empereurs, furent soumis à des poursuites *extra ordinem* [7]. Mais jusque dans les derniers temps, on distingua ces créations nouvelles sous le nom de *crimina extraordinaria* [8]. Dans le droit nouveau, c'est donc par opposition aux *crimina publica* et aux *crimina extraordinaria* qu'on appelle *delicta privata* [9] les méfaits dont la poursuite est abandonnée aux particuliers lésés qui obtiennent par la voie civile à la fois la peine infligée au délit et la réparation du dommage qu'ils ont pu éprouver [10].

La peine que le particulier lésé poursuivait était pécuniaire. Le montant de la condamnation dépassait toujours sensiblement la valeur du préjudice subi : aussi le payement de la peine était-il, dans l'origine, considéré comme impliquant pleine réparation du délit. Mais on ne tarda pas à admettre pour le délit le plus important, le *furtum*, que le coupable pût, en outre, être poursuivi en restitution de la chose volée : et dès lors on distinguait entre *actio pœnalis* et *actio rei persequendæ causa com-*

[4] *Voy.* t. I, nos 18. 89. 90. 91. 95.

[5] *Voy.* t. I, nos 90. 91. 92-95.

[6] *Voy.* t. I, nos 19 *in fine* et 98 *in fine*.

[7] *Voy.* t. I, nos 165. 222.

[8] Fr. 1, D., *de publicis iudiciis* 48, 1. — Fr. 3, D., *de extraordinariis criminibus* 47, 11. — Fr. 2, D., *de concussione* 47, 13. — Fr. 2, D., *de abigeis* 47, 14. — Fr. 1. 2. 3, D., *de prævaricatione* 47, 15.— Au Fr. 1, § 3, D., *de pœnis* 48, 19, Ulpien donne même la qualification de *privata* aux crimes extraordinaires, tandis que Papinien (Fr. 1, D., *stellionatus* 47, 20), les oppose aux *publica iudicia* et aux *privatæ actiones*.

[9] *Voy.* pourtant le Fr. 1, § 3, D., *de pœnis*, cité à la note précédente.

[10] Les délits privés peuvent aussi, selon les circonstances, donner lieu à une poursuite criminelle, soit ordinaire, soit extraordinaire (*voy.* ci-après, § 268, notes 9. 10 ; § 272, notes 10.11) ; mais cela ne change rien aux règles que nous allons exposer.— Nous trouvons, à cet égard, qu'en thèse générale le lésé a le choix entre la poursuite criminelle et la peine privée, sans pouvoir les cumuler. Fr. 3, D., *de privatis delictis* 47, 1. — Fr. 56, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 6, D., *de iniuriis* 47, 10. Mais *voy.* aussi Fr. 2, § 1, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. — Fr. 7, § 1, D., *de iniuriis* 47, 10. Cf. Fr. 9, § 5, D., *de publicanis* 39, 4. — L. 3. 4, C., *de ordine iudiciorum* 3, 8. — L. un. C., *quando civilis actio criminali præiudicet, et an utraque ab eodem exerceri possit* 9, 31.

parata. Certaines actions réunissaient ces deux éléments dans la même formule : on les appelait par ce motif *actiones mixtæ* [11].

Le droit d'intenter ces actions appartient à la partie lésée [12] : il fait partie de ses biens et passe par conséquent à ses héritiers [13]. Elles sont données contre le coupable [14]. Les héritiers du coupable ne sont jamais passibles de l'action pénale [15], mais l'action répersécutoire peut être intentée contre eux jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis par suite du délit, *in quantum locupletiores facti sunt* [16]. Plusieurs auteurs [17] d'un délit sont tenus chacun *in solidum* [18] ; mais il y a sous ce rapport cette différence, entre l'action répersécutoire et l'action pénale, que dans la première le payement fait par l'un des auteurs éteint l'action entière à l'égard de tous, tandis que la peine peut être poursuivie en

[11] Telles sont l'*actio vi bonorum raptorum* et l'*actio legis Aquiliæ*. *Voy.* ci-après, § 270, notes 4. 7, et § 271, notes 43. 44.

[12] *Voy.* les détails aux endroits où il sera traité des divers délits en particulier, § 269, notes 20. 21. 28-33 ; § 270, note 6 ; § 271, notes 35-38, et § 272, notes 14. 15.

[13] § 1, I., *de perpetuis et temporalibus actionibus et quæ ad heredes vel in heredes transeunt* 4, 12. – Fr. 1, § 1, D., *de privatis delictis* 47, 1. – Cf. Fr. 11, D., *de condictione furtiva* 13, 1. – Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint vel deiecerint* 9, 3. – Fr. 14, § 2, D., *quod metus causa gestum erit* 4, 2.

[14] Comme tout délit suppose *dolus* ou tout au moins *culpa* dans la personne de l'agent, les actions résultant d'un délit ne sauraient être intentées contre les personnes auxquelles les actes, qu'elles peuvent commettre matériellement, ne sont point imputables. Tels sont les déments et les *infantes*. Fr. 5, § 2 in f., D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – Fr. 3, § 1, D., *de iniuriis* 47, 10. – Fr. 12, D., *ad legem Corneliam de sicariis* 48, 8. — Quant à l'impubère, les Romains le considèrent comme responsable s'il a l'intelligence assez développée pour être *doli capax*, ce que le § 18, I., *de obl. ex delicto* 4, 1, admet lorsqu'il est *pubertati proximus*. Fr. 23, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 2, § 19, D., *de vi bonis raptis* 47, 8. Cf. Fr. 23, § 2, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. – Fr. 16, § 3, D., *de pœnis* 48, 19. – Fr. 108, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 7, C., *de pœnis* 9, 47. — *Voy.*, pour les détails de cette question, Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 274 et suivants. – M. Haus, *Cours de droit criminel*, n° 150, et le même, *Principes généraux du droit pénal belge*, n°s 502-516.

[15] § 1, I., *de perpetuis et temporalibus actionibus* 4, 12. – Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint* 9, 3. – Fr. 1, pr. D., *de privatis delictis* 47, 1. – Fr. 20, D., *de pœnis* 48, 19.

[16] Fr. 38. 44, D., *de regulis iuris* 50, 17. – § 9 in f. I., *de lege Aquilia* 4, 3. – Fr. 38, § 2, D., *eodem*. *Voy.* t. I, § 56, notes 6-8. — Il est cependant à remarquer, d'une part, que la *condictio furtiva* peut être intentée *in solidum* contre l'héritier du coupable et, d'autre part, que l'*actio vi bonorum raptorum* ne se donne aucunement contre les héritiers. *Voy.* ci-après, § 269, note 23, et § 270, note 6.

[17] Nous n'entendons parler ici que des coauteurs. Quant à la *complicité*, elle n'était point réglée en droit romain d'une manière générale et uniforme : nous aurons l'occasion de faire connaître des dispositions particulières, ci-après, § 268, notes 14 sqq. ; § 269, notes 27. 34 sqq. ; § 270, note 6 ; § 271, note 39. *Voy.* aussi Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 1295. – M. Haus, *Cours de droit criminel*, n°s 286-307, et le même, *Principes généraux du droit pénal belge*, n°s 363-455.

[18] Fr. 14, § 15. Fr. 15, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – L. 1, C., *de condict. furtiva* 4, 8, et ci-dessus, § 186, note 11. — Il est inutile de faire observer que le coupable qui a payé n'a aucun recours contre les coauteurs du délit. Sur quoi, en effet, ce recours serait-il fondé ? *Voy.* ci-dessus, § 186, note 33.

entier contre chaque auteur séparément sans que le payement fait par l'un d'eux ait pour effet de libérer les autres [19].

Nos sources signalent quatre délits privés, savoir : le vol, la rapine, le *damnum iniuria datum*, et les injures [20]. Les deux premiers de ces méfaits étaient, dans le principe, compris sous la même dénomination, *furtum;* ce n'est que vers la fin de la république que la *rapine* fut envisagée comme un délit spécial.

Du vol, *furtum* †.

§ 268. *Introduction historique.*

Le mot *furtum*, qui vient probablement de *ferre* i. e. *auferre* [1], désignait chez les anciens Romains tout acte par lequel quelqu'un enlevait la chose d'un autre dans l'intention d'en faire son profit [2]. Bien que cette notion ne semble applicable qu'aux choses mobilières, qui seules sont susceptibles d'être enlevées ou soustraites, il paraît cependant qu'on admit pendant quelque temps la possibilité d'un vol d'immeubles. Mais du temps de Gaius, cette extension était définitivement rejetée, et dès lors il n'y a plus que les choses mobilières qui puissent être l'objet d'un vol [3].

Depuis les temps les plus reculés, on distinguait sous le nom de *furtum manifestum* le cas où le voleur avait été pris sur le fait même ou sur le

[19] Fr. 55, § 1, D., *de adm. tutorum* 26, 7. – Fr. 21, § 9, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 34, D., *de iniuriis* 47, 10. « .... Immo etiam tot iniuriæ sunt quot et personæ iniuriam facientium ». – L. 1, C., *de condictione furtiva* 4, 8. — Cf. Fr. 11, § 2. 4. Fr. 51, § 1. 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – Fr. 5, § 3, D., *de his qui effuderint* 9, 4.

[20] C'est du moins l'énumération que nous donnent Gaius, III, 182, et Justinien, Pr. I., *de obl. ex delicto* 4, 1.—Souvent aussi l'on qualifie de délit le dol, *dolus malus,* mais ce n'est pas dans le sens technique qui nous occupe ici : la condamnation pécuniaire de l'*actio de dolo,* en effet, ne contient aucun élément pénal. *Voy.* ci-après, § 286 *in fine.* Cet élément paraît plutôt se rencontrer dans l'*actio quod metus causa,* qui entraîne une condamnation *in quadruplum;* pourtant, on ne saurait la qualifier d'*actio ex delicto,* puisqu'elle se donne contre des personnes innocentes de tout dol et même de toute faute. *Voy.* ci-dessus, § 203, notes 8-14. — D'autres faits de nature délictueuse trouveront leur place parmi les *Obligationes ex variis causarum figuris,* ci-après, § 279, n° 1 et § 286.

† Gaius, III, 183-208. – Paul, II, 31. – *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum,* tit. VII. – Tit. I., *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur* 4, 1. – Tit. D., *de furtis* 47, 2. – Tit. C., *de furtis et servo corrupto* 6, 2.

[1] Fr. 1, pr. in f. D., *h. t.* Cf. Aulu-Gelle, I, 18, 5. —D'autres étymologies (comme de *furvus,* i. e. *niger;* de *fraus,* etc.), se trouvent chez Aulu-Gelle, I, 18, 4. 6. –Servius, *ad Verg. Georg.,* III, 405; *ad Verg. Æn.,* IX, 350. – Nonius Marcellus, I, 250. – Isidore, *Orig.,* V, 26. – Fr. 1, pr. D., *h. t.,* et Pr. I., *eodem,* qui est tiré de ce fragment.

[2] *Voy.* ci-après, § 269, notes 2 sqq., l'analyse explicative de cette définition.

[3] Aulu-Gelle, XI, 18, 13. – Gaius, II, 51. – § 7, I., *de usucap.* 2, 6. – Fr. 38, D., *de usurp.,* 41, 3. – Fr. 25, pr. D., *h. t.*

lieu du vol, ou au moins nanti encore de la chose volée avant d'être arrivé à l'endroit où il voulait la déposer. Tout autre vol était *nec manifestum* [4]. La peine du vol manifeste était capitale, c'est-à-dire qu'elle emportait une *capitis minutio* : après avoir été battu de verges, le voleur était adjugé au demandeur, *addicebatur* [5]. L'édit du préteur changea cette peine en une peine pécuniaire, égale au quadruple du dommage causé [6]. Quant au voleur non manifeste, la loi des Douze Tables donnait contre lui une *actio furti in duplum* [7]. Les deux actions, tant celle du préteur que l'action civile, étaient *perpetuæ* et entraînaient l'infamie du condamné [8]. Sous les empereurs, le propriétaire de la chose volée obtint également la faculté de poursuivre le voleur criminellement, *extra ordinem*, afin de le faire condamner à une peine publique, qui était d'abord une peine afflictive, et, sous Justinien, l'exil [9]. Ce moyen était surtout donné pour le cas où

[4] Originairement, on entendait par *fur manifestus* exclusivement celui qui était pris sur le fait même; mais, par la suite, on étendit cette notion de la manière indiquée dans le texte. Il y eut des jurisconsultes qui voulaient aller encore plus loin; mais la jurisprudence rejeta les extensions ultérieures. Aulu-Gelle, XI, 18, 6 sqq. — Gaius, III, 184. — Paul, II, 31, 2. — § 3,. I, *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 3. 4. 5. 7. 8, D., *h. t.*, 47, 2.

[5] *Voy.*, pour les détails, Gaius, III, 189. — Aulu-Gelle, XI, 18, 8. 9. XX, 1, 7. — Servius, *ad Verg. Æn.*, VIII, 205. — Isidore, *Origines*, V, 26. — Abstraction faite de ces peines, on avait le droit de résister de toute manière à celui qui tenterait de voler la nuit, et même de le tuer. On pouvait agir de même dans le jour, quand le voleur était armé et cherchait à se défendre avec ses armes. Cic., *pro Milone*, 3; *pro Tullio*, 47-50. — Aulu-Gelle, XI, 18, 7. XX, 1, 7. — *Coll. leg. Mos.*, VII, 2. — Fr. 54, § 2, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 9, D., *ad leg. Cornel. de sicariis* 48, 8. — Fr. 4, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. « Lex XII Tabularum furem... occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. »

[6] Gaius, III, 189. IV, 137. — Aulu-Gelle, XI, 18, 11 sqq.

[7] Festus, v. *Nec.* — Gaius, III, 189 et sqq. — § 5, I, *de obl. ex del.* 4, 1. — § 18. I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 46, § 2. Fr. 50, D., *h. t.* — L. 11, C., *eodem.*

[8] Même l'*actio furti manifesti* était *perpetua*, malgré son origine prétorienne. Gaius, IV, 111. — Théophile, *ad Inst.*, IV, 12, pr.

[9] Déjà la loi des Douze Tables paraît avoir rangé le *vol de récolte* parmi les crimes publics; du moins Pline, *H. N.*, XVIII, 3, nous apprend que ce fait était puni de mort. L'édit du préteur contenait une *actio popularis ob sepulcrum violatum*, qui pouvait être dirigée contre ceux qui s'étaient rendus coupables de spoliation d'un cadavre enterré, et le même fait fut, sous les empereurs, frappé d'une peine extraordinaire. Fr. 3, § 7, D., *de sepulcro violato* 47, 11, et ci-après, § 286. — Mais c'est surtout depuis Trajan que nous voyons exercer des poursuites criminelles et extraordinaires du chef de diverses espèces de vol, notamment du chef de vol commis dans les bains publics (tit. D., *de furibus balneariis* 47, 17. — Paul, V, 3, 5. — *Coll. leg. Mos.*, VII, 4. — Cf. Fr. 3, § 5, D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15. « ... adversus *capsarios* quoque qui mercede servanda in balneis vestimenta suscipiunt); du chef de vol de bestiaux, *abigeatus* (Isidore, *Orig.*, X, a., p. 1069, édit. Gothofr. — Paul, V, 18, 1. — *Coll. leg. Mos.*, tit. XI. — Tit. D., *de abigeis* 47, 14. — Tit. C., *eodem* 9, 37. — L. 1. 3, Th. C., *quibus equorum usus concessus est* 9, 30); du chef de vol commis à l'égard de choses dépendant d'une hérédité (*crimen expilatæ hereditatis*, ci-après, § 269, note 8), et contre plusieurs spécialités de voleurs, désignés par les noms plus ou moins énigmatiques de *effractores, expilatores, saccularii, directarii.* Tit. D., *de effractoribus et expilatoribus* 47, 18. — Fr. 7, D., *de extraordinariis criminibus* 47, 11. Cf. Paul, V, 4, 8. — Fr. 3, § 1. 2, D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15. — Fr. 21, § 7, D., *h. t.* — Il est probable que ce ne fut que plus tard qu'on admit la poursuite d'office contre les voleurs ordinaires, bien que cet usage

l'*actio furti* n'aurait été d'aucune utilité, par exemple, à cause de l'insolvabilité du voleur [10].

En dehors de ces actions pénales, la victime du vol pouvait naturellement user des moyens qui lui compétaient, abstraction faite du délit commis à son préjudice, en vertu du droit de propriété qu'elle avait sur la chose volée, *actiones rei persequendæ causa comparatæ*. Parmi ces moyens, le plus simple et le plus direct était certes la revendication; mais cette action exige une condition qui en rendait l'emploi fréquemment difficile dans notre matière, savoir la possession dans le chef du défendeur. Or, le voleur cherche naturellement à se débarrasser le plus promptement du corps de délit qui peut le trahir [11], ou tout au moins il a soin de le cacher de manière à rendre la preuve de la possession impossible. C'est probablement pour ces raisons que la jurisprudence admit la victime du vol à répéter sa chose au moyen d'une *condictio*, bien que rigoureusement la conclusion : DARE OPORTERE, ne fût pas applicable à l'espèce, par la raison que l'on ne peut nous DONNER une chose dont nous avons la propriété [12]. Cette condiction, qui appartient à la catégorie des *condictiones sine causa*, reçoit, à cause du fait qui y donne lieu, la qualification particulière de *condictio ex causa furtiva, condictio furtiva* [13].

Les dispositions que nous venons d'exposer sont encore en vigueur dans le droit de Justinien. Mais, dans l'ancien droit, il y avait en outre des moyens particuliers dirigés plus spécialement contre le recel des choses volées. 1° Celui chez qui l'on découvrait une chose volée s'exposait à être condamné au triple [14]. Pour arriver à la découverte de la chose, la per-

soit déjà mentionné dans un passage attribué à Julien, Fr. 56, § 1, D., *h. t.* Quoi qu'il en soit, dans le Fr. 92, D., *eodem*, Justinien fait dire à ULPIEN : « Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere : non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si quis velit, poterit civiliter agere. » Cf. Fr. 3, pr. § 1, D., *de off. præf. vigilum* 1, 15. — Fr. 13, pr. D., *de off. præsidis* 1, 18. — Fr. 11, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. — *Novelle* 134, c. 13.

[10] La victime du vol pouvait, à son choix, provoquer la poursuite criminelle extraordinaire, ou bien intenter directement l'*actio furti* (Fr. 92, D., *h. t.*, vers la fin de la note précédente); mais en choisissant la première voie, on perdait le droit d'user de l'action privée. Fr. 56, § 1, D., *eodem*.

[11] La revendication contre celui *qui dolo desiit possidere* ne fut admise qu'ensuite d'un sénatusconsulte rendu sous le règne d'Adrien. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 118, notes 24-26.

[12] GAIUS, IV, 4. « Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod nostrum est, nobis *dari* potest : cum solum id dari nobis intelligatur, quod ita datur ut nostrum fiat, nec res quæ nostra est, amplius nostra fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures ex hac actione etiam teneantur : SI PARET EOS DARE OPORTERE; quamvis sit etiam adversus eos hæc actio qua rem nostram petimus. » Cf. § 14, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 12 in f., D., *usufr. quemadmodum caveat* 7, 9. — Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *de condict. triticaria* 13. 3.

[13] *Voy.* ci-après, § 269, A.

[14] *Furtum conceptum. Voy.* ci-après, n° 2.

sonne volée avait ordinairement besoin de faire des recherches auxquelles le recéleur soupçonné aurait pu s'opposer. En cas d'opposition, le demandeur ne pouvait procéder aux perquisitions dans la demeure de la personne soupçonnée qu'en se présentant nu, muni seulement *lance et linteo* [15], c'est-à-dire tenant un plat dans ses mains et entouré d'une ceinture. Si, de cette manière, il découvrait la chose volée, *furtum lance et linteo conceptum* [16], le vol était mis sur la même ligne qu'un vol manifeste, c'est-à-dire que la personne chez qui les perquisitions avaient été faites était condamnée au quadruple. Ce singulier usage [17] tomba en désuétude après que le préteur eut créé une *actio furti prohibiti* contre toutes les personnes qui refuseraient de laisser faire des perquisitions chez elles, action qui tendait également au payement de la quadruple valeur du dommage causé [18]. 2° Une *actio furti concepti in triplum* était donnée contre celui chez qui l'on trouvait une chose volée, qu'il l'eût volée lui-même ou non [18]. 3° De son côté, ce dernier avait une *actio furti oblati*, également *in triplum*, contre la personne qui avait mis la chose chez lui dans une intention malveillante [18]. 4° Enfin, le préteur donnait une *actio furti non exhibiti* contre celui qui ne représente pas la chose volée qui a été cher-

[15] On dit ordinairement *lance et licio* ou *litio;* mais la leçon *linteo* qui, au reste, n'est connue que depuis la découverte des *Institutes* de Gaius, semble mériter la préférence. *Voy.* la note suivante.

[16] Nous nous abstenons d'entrer dans les détails de cette opération et de chercher l'explication de ces formalités, qui, plus qu'elles ne le méritent, ont occupé l'attention et l'esprit des jurisconsultes modernes. Il suffit de mettre sous les yeux de nos lecteurs les renseignements qui nous sont fournis par les auteurs anciens, parmi lesquels Gaius mérite évidemment le plus de confiance. « Festus, v. *Lance et licio* dicebatur apud antiquos : quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfamiliæ aut virginum præsentiam. » — Gaius, III, 192. « Prohibiti actio quadrupli ex edicto Prætoris introducta est : lex autem eo nomine nullam pœnam constituit. Hoc solum præcipit, ut qui quærere velit nudus quærat linteo cinctus, lancem habens ; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse. 193. Quid sit autem linteum, quæsitum est ; sed verius est, consuti genus esse quo necessariæ partes tegerentur. Quare lex tota ridicula est. Nam qui vestitum quærere prohibet, is et nudum quærere prohibiturus est ; eo magis quod ita quæsita res inventa maiori pœnæ subiiciatur ; deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupantis nihil obiiciatur, sive ideo ut quod invenerit, ibi imponat, neutrum eorum procedit si id quod quæratur, eius magnitudinis aut naturæ sit, ut neque subiici neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiæ sit ea lanx, satis legi fieri. » — Aulu-Gelle, XI, 18, 9. « ... Ea furta quæ per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. » Cf. le même, XVI, 10, 8. - *Glossa Taurinensis ad* § 4, I., *h. t.* (*Voy.* tome I, n° 254, note 18). « Ita enim fiebat, ut is qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus. »

[17] Gaius lui-même l'appelle *ridicula lex* (*voy.* la note précédente). Les érudits ont cru découvrir l'origine de cet usage dans la législation athénienne. Aristophane, *Nubes,* 1, 6, 497 et sqq. Cf. Platon, *de legibus* XII, 7. — Niebuhr et Grimm affirment qu'il se retrouve dans les anciennes lois de Norwége.

[18] Gaius, III, 186-192. — Paul, II, 31, 2. 3. 5. 6. — § 4, I., *de obligationibus ex delicto* 4, 1 et Théophile *ad h. l.*

chée et trouvée chez lui [19]. Comme on le voit, ces différentes actions se rattachaient toutes à l'ancien mode de perquisition. Ce mode n'étant plus usité dans le droit nouveau, les actions sont également tombées en désuétude [19]. Mais les recéleurs peuvent être poursuivis *in duplum*, par l'*actio furti nec manifesti* [20].

§ 269. *Législation de Justinien.*

Paul qualifie de vol, *furtum*, toute soustraction frauduleuse d'une chose faite pour en tirer un profit [1]. Cette définition exige une analyse plus précise des éléments qu'elle renferme.

D'après les développements que nous trouvons dans nos sources, le *furtum* suppose la réunion des conditions suivantes [2] : 1° un acte positif que les Romains appellent *contrectatio* [3]. Le mot *contrectare* signifie littéralement *tirer vers soi* [4], et n'est rendu que d'une manière incomplète par le mot français *soustraire*. On ne peut guère imaginer une *contrectatio* sans que la chose soit enlevée au pouvoir de son maître, et même sans qu'elle soit déplacée [5]. Pourtant, il peut se faire qu'il y ait *contrectatio* sans que l'acte qui constitue le vol consiste en un déplacement actuel [6]. —

[19] Gaius, III, 185-194. — Paul, II, 31, 2-6. — § 4, I., *de obligationibus ex delicto* 4, 1, et Théophile *ad h. l.*

[20] *Voy.* ci-après, § 269, note 36.

[1] Fr. 1, § 3, D., *de furtis* 47, 2. « Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve : quod lege naturali prohibitum est admittere. » Cette définition est copiée par Justinien au § 1, I, *de obl. ex del.* 4, 1. Pourtant beaucoup de manuscrits, ainsi que Théophile, ne reproduisent pas les mots *lucri faciendi gratia.* (*Voy.* sur ces mots ci-après, notes 11 sqq.) — Nous croyons inutile de rappeler les autres définitions qui se trouvent chez les anciens et qui sont toutes plus ou moins inexactes et incomplètes.

[2] Rappelons que les Romains insistent fréquemment sur cette considération que la clandestinité n'est point un élément nécessaire du *furtum.* Aulu-Gelle, XI, 18, 9. « Ne quis eum solum furem esse putet qui occulte tollit aut clam subripit. » — Cic., *pro Tullio,* 50. — Gaius, III, 209. — Pr. I., *vi bonorum raptorum* 4, 2. — Cf. ci-après, § 270.

[3] Fr. 1, pr., § 1, D., *de furtis* 47, 2. « Furtum... a ferendo. Inde sola *furti cogitatio* faciendi non facit furem. »—Fr. 3, § 18, D., *de adq. poss.* 41, 2. « ... Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur. »

[4] Ou, comme Sabinus s'exprime chez Aulu-Gelle, XI, 18, 20. « Alienam rem attrectare. »

[5] C'est pourquoi les Romains nous donnent comme synonymes de *contrectare* les mots *auferre, tollere, movere, amovere, subripere*, ou plutôt les idées que ces mots expriment sont comprises dans le terme technique *contrectare.* M. Nypels sur Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, n° 3150. — C'est encore par le même motif que l'on finit par décider que les *choses mobilières* seules peuvent faire l'objet d'un vol. *Voy.* ci-dessus, § 268, note 3.

[6] En d'autres termes, il n'est pas toujours nécessaire que l'acte qui constitue le vol *coïncide* avec l'acte qui enlève la chose au pouvoir du maître. Ainsi, celui qui s'empare de mauvaise foi et avec *animus furandi* de choses perdues ou jetées sans *animus derelinquendi,* commet un vol, bien que le maître ait été dépossédé déjà avant le vol commis. § 48, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 43, § 4-11, D., *h. t.* — Fr. 9, § 8. Fr. 31, § 1. Fr. 44, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. — De même, les commodataires, dépositaires, mandataires, usufruitiers, créanciers gagistes,

2° Il faut que l'acte de vol contienne une lésion juridique au préjudice d'une autre personne. Il n'y a point de vol sans *iniuria* ; spécialement il n'y a pas de vol si la soustraction se fait du consentement du maître, quand même l'auteur de la soustraction croirait agir contre son gré [7]. Une autre conséquence du principe indiqué est que nous ne pouvons voler que des valeurs qui sont à autrui, *res alienas* [8], ce qui n'exclut pas la possibilité de commettre un vol à l'égard de nos propres choses [9]. — 3° Il faut que l'auteur de l'acte ait l'intention de commettre un vol, *affectus furandi*. Cette intention se compose de deux éléments, l'un général, l'autre spécial. En effet, il faut d'abord que l'agent ait la

commettent une *contrectatio* en refusant avec *animus furandi* la restitution des choses qui leur sont confiées, et ils se rendent ainsi coupables de vol. Fr. 29, pr. D., *depositi* 16, 3; Fr. 22, § 7, D., *mandati* 17, 1; Fr. 1, § 22, D., *de tutelæ act.* 27, 3; Fr. 3, § 18, D., *de adq. poss.* 41, 2; Fr. 1, § 2. Fr. 33. Fr. 43, pr., § 1. Fr. 46, § 6. Fr. 52, § 7. Fr. 67, pr. Fr. 71, pr. Fr. 73, D., *de furtis* 47, 2. (Voir tome I, § 84, note 26; § 86, note 12 et § 87, note 13).— D'autres cas intéressants de vol : L'individu qui reçoit *sciemment* le payement d'une créance qui ne lui est pas due (Fr. 18, D , *de cond. furt.* 13, 1. Fr. 43, D., *h. t.*). Celui qui aliène et délivre *sciemment* la chose d'autrui. (§ 3, I., *de usucapionibus* 2, 6; L. 16, C., *h. t.* Cf. tome I, § 113, notes 2 sqq.) Celui qui, étant chargé par moi de payer mon créancier, remet l'argent au créancier pour payer une dette qu'il doit lui-même (Fr. 52, § 16, D., *h. t.*) ou qui, étant chargé par moi de remettre à Titius un cadeau, le remet comme venant de lui-même. Fr. 25, D., *de donationibus* 39, 5.

[7] *Voy.* des exemples bizarres : § 8, I., *de obligationibus ex delicto* 4, 1, et Fr. 46, § 8, D., *de furtis* 47, 2.

[8] C'est pourquoi l'on ajoute habituellement à la définition de Paul, ci-dessus, note 1, les mots REI ALIENÆ. — A ce propos, il importe de rappeler que les biens délaissés par un défunt n'appartenaient à personne, et ne pouvaient, par conséquent, être l'objet d'un vol. Dans l'ancien droit, la puissance de ce principe était telle, qu'il était permis à tout le monde de s'emparer de ces biens tant qu'ils n'avaient pas été occupés par l'héritier. Bien plus, la personne qui, sans avoir le moindre droit à l'hérédité, s'était ainsi emparée d'une chose héréditaire en acquérait la propriété romaine par la possession continue d'un an. Cette *usucapio pro herede* sans titre ni droit, incompatible avec les mœurs d'une époque plus avancée, fut successivement restreinte par la jurisprudence, et Marc-Aurèle menaça le possesseur de mauvaise foi, *prædo*, d'une poursuite extraordinaire du chef de *crimen expilatæ hereditatis*. (*Voy.* ci-après, t. III, § 358, notes 5. 6; § 411, notes 26 sqq et ci-dessus, t. I, § 110, D, n° 1). Depuis l'ordonnance de cet empereur, la soustraction de choses héréditaires était donc passible d'une peine criminelle; mais encore dans la législation de Justinien elle n'est pas qualifiée de *furtum*. Fr. 6, § 6, D., *rerum amotarum* 25, 2. « ... Rei hereditariæ nondum possessæ non fit furtum. » – Fr. 2, § 1. Fr. 6, D , *expilatæ hereditatis* 47, 19. Cf. Fr. 1, D., *de effractoribus* 47, 18. — D'après des décisions positives, l'époux survivant ni le cohéritier ne peuvent être poursuivis par le *iudicium expilatæ hereditatis*, la soustraction commise par eux ne donnant lieu qu'à une action répersécutoire. Fr. 6, § 6, D., *rerum amotarum* 25, 2. – Fr. 5, D., *expilatæ hereditatis* 47, 19. – L. 1. 4, C., *eodem* 9. 32. – L. 3, C , *familiæ erciscundæ* 3, 36. — Ce que nous venons de dire du cohéritier ne s'applique ni au communiste ordinaire ni à l'associé qui se rendent coupables de soustraction d'une chose commune. Ils enlèvent partiellement la chose d'autrui et se rendent par suite passibles des actions de vol, si les autres conditions requises se rencontrent dans l'espèce. Fr. 45, D., *h. t.* – Fr. 45. 51, D., *pro socio* 67, 2. *Voy.* aussi ci-dessus, § 226, note 35.

[9] Par exemple, le débiteur ou le nu propriétaire qui enlève *furandi animo* le gage qu'il a donné ou la chose sujette à usufruit, etc. GAIUS, III, 200. 204. – § 10. 14, I., *de obl. ex del.* 4, 1. – Fr. 16, D., *de pign. act.* 13, 7. – Fr. 19, § 5. Fr. 20, pr. § 1. Fr. 53, § 4, D., *h. t. Voy.* encore ci-après, note 13.

conscience de l'acte qu'il commet, qu'il ait l'intention de mal faire, *dolus*. Celui qui enlève la chose d'autrui sans droit, mais croyant en avoir le droit, ne se rend pas coupable de vol [10]. Par la même raison, les personnes dépourvues d'intelligence ne peuvent commettre de vol dans le sens juridique du mot [11]. Mais il ne suffit pas de la volonté de mal faire, il faut de plus que l'agent ait l'intention spéciale de s'emparer de la chose pour en tirer un profit, un avantage [12]. A ce point de vue, les Romains distinguent trois cas, selon que le voleur a pour but de s'approprier la chose même, ou l'usage et la jouissance, ou bien la simple possession de la chose [13]. A cette distinction répondent les termes *furtum rei ipsius, furtum usus* et *furtum possessionis* [14].

[10] § 7, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 46, § 7. Fr. 76, pr. D., *h. t.* 47, 2.—*Voy.* aussi t. I, § 113, note 3.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 269, note 14.

[12] Fr. 1, § 3. Fr. 22, pr. D., *h. t.* — Fr. 54, § 1, D., *eodem.* « Eum qui quid utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet, furtum fieri, et si quis usum alienæ rei in suum lucrum convertat : *nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia facit.* Species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficii sui debitorem sibi adquirere. Unde et is furti tenetur qui ideo rem amovet, ut eam alii donet. » — Cf. Fr. 41, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. Cf. Fr. 7, § 7, D., *de dolo malo* 4, 3.

[13] Fr. 1, § 3, D., *de furtis* 47, 2. « Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, *vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve...* » Ce passage, qui se trouve littéralement transcrit dans la plupart des éditions des *Institutes*, au § 1, I., *de obl. ex delicto* 4, 1 (voir ci-dessus, note 1), est différemment interprété par les jurisconsultes modernes. Les uns rapportent les mots que nous avons mis en italique à *contrectatio*, et traduisent : « Le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose..., soit de la chose même, soit de l'usage, soit de la possession de la chose. » Les autres rapportent ces mêmes mots à *lucri faciendi gratia*, ce qui donne la traduction suivante : « Le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose, pour tirer profit, soit de la chose même, soit de son usage, soit de sa possession. » Cette dernière interprétation serait certes plus rationnelle, car on ne comprend guère une *contrectatio usus* ou *possessionis;* mais elle n'est guère conforme aux règles de la langue latine. L'autre interprétation a de plus pour elle la terminologie que nous exposerons à la note suivante.

[14] De ces trois termes généralement usités chez les jurisconsultes modernes, le second ne se rencontre pas dans nos sources. Les deux autres, *furtum rei* et *furtum possessionis*, s'y trouvent. On aurait tort, au reste, de baser sur cette terminologie, comme plusieurs auteurs le font, une division du *furtum*. Cette division serait entièrement stérile et sans aucune importance pratique. — Nous n'avons pas besoin de donner des exemples de *furtum rei*. Quant au *furtum usus*, il se commet par les mandataires, commodataires, dépositaires, séquestres, créanciers gagistes, usufruitiers, locataires, etc., qui font avec *affectus furandi* un usage illicite de la chose qui leur est confiée. *Voy.* ci-dessus, note 5; § 237, note 1 et § 239, note 3. Il y a *furtum possessionis*, d'après la définition donnée, lorsque quelqu'un s'empare d'une chose avec l'intention de faire profit de la possession de la chose. Tels sont les cas que nous avons cités ci-dessus, à la note 9, et qui sont tous des espèces de vol commis à l'égard de nos propres choses, SUÆ REI. Cf. GAIUS, III, 200 et § 10, I., *de obl. ex del.* 4, 1. L'hypothèse que THÉOPHILE, *ad* § 1, I., *eodem*, nous donne comme exemple de *furtum usus*, savoir : le fait du dépositaire ou du créancier gagiste, qui retient la chose déposée ou engagée avec l'intention de l'avoir pour lui, ὡς δεσπότης, semble moins mériter ce nom, bien que Sabinus s'exprime d'une manière analogue chez AULU-GELLE, XI, 18, 23. Le mot *furtum possessionis* se trouve, au reste, avec une signification tout autre dans le Fr. 1, § 15, D., *si is qui testamento liber esse iussus erit* 47, 4.

Le vol donne lieu à deux actions, l'une pénale, l'autre répersécutoire [15].

A) Nous avons vu ci-dessus que l'on a admis en faveur du propriétaire de la chose volée, comme action répersécutoire, la formule de la *condictio*, bien que rigoureusement la conclusion : DARE OPORTERE ne fût pas applicable à l'espèce, le propriétaire ne pouvant recevoir la dation d'une chose qui n'a pas cessé d'être sienne [16]. Cette condiction, fondée sur ce que le défendeur tient la chose sans droit, appartient de sa nature à la catégorie des *condictiones sine causa* [17] ; mais la nature délictueuse du fait qui donne lieu à l'action lui imprime un caractère particulier, se manifestant par divers effets qui lui sont propres [18] et par la dénomination qui lui est donnée : *condictio ex causa furtiva, condictio furtiva* [19]. — Comme telle, la condiction compète exclusivement au propriétaire de la chose volée [20], c'est-à-dire à celui qui en avait la propriété au moment du vol, et qui depuis n'a pas perdu cette qualité par une cause légale [21]. — L'action se donne contre le voleur et les coauteurs du délit [22], et même contre l'héritier du coupable [23]. — Le but en est d'obtenir la restitution

[15] *Voy.* ci-dessus, § 268, notes 4-13, et ci-après, l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 268, note 12.

[17] *Voy.* ci-après, § 276 *in fine* et § 277 *in fine.*

[18] *Voy.* ci-après, notes 23. 25. 26.

[19] Titt. D., *de condictione furtiva* 13, 1 ; C., *eodem* 4, 8.

[20] Fr. 1, D., *de condict. furtiva* 13, 1. « In furtiva re, soli domino condictio competit. » — Fr. 10, § 2. 3, D., *eodem.* Cf. Fr. 56, § 4, D., *de furtis* 47, 2. — Si la victime du vol ne peut justifier de sa propriété, elle n'aura point la *condictio furtiva* avec les effets qui y sont attachés ; mais elle pourra se servir de la *condictio sine causa* pour obtenir la restitution de la *possession* que le défendeur tient sans cause, et à défaut de restitution *id quod sua interest* POSSESSIONEM RESTITUI. Fr. 2, D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 25, § 1, D., *de furtis* 47, 2. C'est ainsi que le créancier gagiste peut également agir dans les limites de son intérêt. Fr. 12, § 2, D., *de cond. furt.* 13, 7. « ... eum cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit. » — Fr. 22, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — *Voy.* ci-dessus, § 194, note 14 ; § 175, note 4 et ci-après, § 277 *in fine.*

[21] Fr. 1. 10, § 2. 3. Fr. 11. 12, pr. § 1, D., *de cond. furt.* 13. 1. — Fr. 14, § 16, D., *de furtis* 47, 2. — Il va sans dire que la perte de la chose, de quelque manière qu'elle ait lieu, tout en éteignant le droit de propriété, n'éteint pas la *condictio furtiva.* Fr. 13. 14, § 2. 3. Fr. 15. 20, D., *h. t.* — Fr. 46, D., *de furtis* 47, 2 et ci-après, note 26.

[22] § 19, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 76, § 1 in f. D., *de furtis* 47, 2. — Plusieurs auteurs sont tenus *in solidum,* sans recours. *Voy.,* ci-dessus, § 276, note 8. — La *condictio furtiva,* à la différence de l'*actio furti,* ne se donne point contre les complices du vol qui ne sont pas coauteurs. *Voy.* ci-après, note 33 sqq. et Fr. 5. 6, D., *de condict. furtiva* 13, 1. Le Fr. 53, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16, doit évidemment s'entendre d'une coopération matérielle.

[23] L'héritier est même tenu *in solidum,* et non pas seulement *in quantum locupletior factus est.* § 19, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 5. 7, § 2. Fr. 9, D., *de cond. furt.* 13, 1. Cette différence d'avec les autres actions répersécutoires résultant d'un fait illicite, provient de ce que notre action est de sa nature une *condictio sine causa.* Or, les *condictiones sine causa* se donnent contre les héritiers, conformément aux règles générales, et certes, dans l'espèce, les héritiers seraient mal venus de se prévaloir du délit de leur auteur pour se soustraire à cette conséquence naturelle. *Voy.* ci-après, § 277 *in fine.*

de la chose [24] telle qu'elle était au moment du vol, avec les accessoires et les fruits, *cum omni causa*, et, à défaut de restitution, des dommages et intérêts qui comprennent, d'après les principes généraux, tout le dommage direct et indirect qui a été une suite nécessaire du vol. Pour estimer la chose, on prend la plus haute valeur qu'elle a eue depuis le vol, sous quelque rapport et pour quelque cause qu'une augmentation quelconque ait pu avoir lieu [25]. Il va sans dire que le voleur est en outre responsable des détériorations et de la perte que la chose a éprouvées par sa faute; mais de plus, comme il est de plein droit en demeure, il répond même du cas fortuit [26]. Aucune exception, si ce n'est la *præscriptio temporalis* de trente ans, ne peut mettre le voleur à l'abri de cette action.

B) L'action pénale qui naît du vol, *actio furti*, est *in duplum* quand le vol n'est point manifeste, et *in quadruplum* quand il est manifeste [27]. Elle peut être intentée par la personne qui avait un intérêt à ce que le vol n'eût pas lieu, pourvu que cet intérêt ait une cause honnête [28]. Celui qui a, en général, le plus grand intérêt à ce que le vol n'ait pas lieu est évidemment le propriétaire de la chose volée [29], et, concurremment avec lui, toutes les personnes qui ont un *ius in re* sur elle [30]. Mais il peut se faire, par suite de circonstances particulières, que le propriétaire soit de droit sans intérêt, et que d'autres personnes aient cet intérêt en ses lieu et place, savoir : lorsque la chose a été volée entre les mains d'une personne qui était tenue de *custodia* envers le propriétaire. Ainsi, le commodataire, le locataire, l'usufruitier et d'autres personnes qui se trouvent dans des rapports analogues, sont obligés de restituer en bon état la

[24] Fr. 8, § 2. Fr. 14, § 3, D., *de cond. furt.* 13, 1. — Fr. 52, § 14, D., *de furtis* 47, 2.

[25] Fr. 3. Fr. 8, § 1. Fr. 13, D., *de cond. furt.* 13, 1. — Fr. 29, D., *rerum amotarum* 25, 2.

[26] § 19, I., *de obl. ex del.* 4, 1. — Fr. 8, pr. Fr. 16. 20, D., *de cond. furt.* 13, 1. — Fr. 46, D., *de furtis* 47, 2. — L. 9, C., *de furtis* 6, 2. — Mais cf. Fr. 8, pr. D., *de cond. furt.* 13, 1. « ... Si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio... » et L. 2, C., *eodem* 4, 8. « ANTE OBLATIONEM interemtæ rei furtivæ damnum ad furem pertinere, certissimi iuris est. »

[27] Formule probable de l'*actio furti*. *A*) Contre l'auteur du vol : SI PARET N^m N^m A° A° FURTUM FECISSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM N^m N^m PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTET, QUANTI EAM REM PARET ESSE, TANTÆ PECUNIÆ DUPLI (QUADRUPLI) IUDEX N^m N^m A° A° CONDEMNATO... » *B*) Contre les complices : SI PARET (OPE) CONSILIOVE N^i N^i FURTUM FACTUM ESSE *rel.* Cf. GAIUS, IV, 37.

[28] CUIUS INTERFUIT REM NON SUBRIPI. § 15, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 10. Fr. 71, § 1. Fr. 85, D., *de furtis* 47, 2. — HONESTA CAUSA : le possesseur de mauvaise foi ou le voleur n'ont pas l'*actio furti* du chef du vol commis à leur préjudice. Fr. 11. 12, § 1. Fr. 14, § 3. 4. Fr. 76, § 1, D., *eodem*.

[29] Fr. 80, pr. D., *de furtis* 47, 2. — Le possesseur de bonne foi est, sous ce rapport, assimilé au propriétaire, § 15, I., *de obl. ex del.* 4, 1. — Fr. 12, § 1. Fr. 52, § 10. Fr. 74, D., *de furtis* 47, 2.

[30] L'usufruitier et l'usager. Fr. 46, § 1. 3, D., *de furtis* 47, 2. — Le créancier-gagiste, § 14, I., *de obl. ex delicto* 4, 1 ; Fr. 12, § 2. Fr. 14, § 5. 7. Fr. 46, § 4, D., *de furtis* 47, 2. — On l'accorde même, par extension, au fermier pour les fruits volés avant la perception. Fr. 14, § 2. Fr. 26, § 1. Fr. 82, § 1, D., *eodem*.

chose prêtée, louée ou sujette à usufruit, et doivent des dommages et intérêts s'ils ne s'acquittent pas de cette obligation [31]. Ce sont donc ces personnes qui ont l'intérêt le plus direct à ce que la chose confiée à leur garde ne soit pas enlevée, et c'est à elles que la loi accorde l'*actio furti*, et non pas au propriétaire [32], si ce n'est dans le cas et en tant qu'il ne serait pas indemnisé par ceux qui répondaient de la chose [33]. — L'*actio furti* est dirigée contre le voleur et ses complices [34], mais les héritiers n'en sont pas tenus [35]. Elle se donne également *in duplum* contre les recéleurs, qui sont assimilés aux voleurs non manifestes [36]. Nous avons eu l'occasion de dire ailleurs que, de plusieurs coupables, chacun est tenu de la condamnation entière et que le payement fait par l'un d'eux ne libère point les autres [37]. — Le but de l'action est d'obtenir le payement d'une peine pécuniaire, qui s'élève, selon la nature du vol, au double ou au quadruple du dommage causé [38]. Pour évaluer ce dommage, on prend comme base l'intérêt du demandeur, *id quod actoris interest rem non subripi*, suivant les règles générales [39]. — Contre l'*actio furti* il n'y a d'autres exceptions que celle fondée sur une transaction faite avec la partie lésée [40] et la prescription trentenaire.

[31] Mais non pas le dépositaire, parce qu'il n'est pas tenu de *custodia*. *Voy.* ci-dessus, § 239, notes 11. 12, et § 17, I., *de obl. ex delicto* 4, 1.

[32] § 13. 15, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 12, pr. Fr. 14, § 3. 16. Fr. 53, § 3. Fr. 85, D., *de furtis* 47, 2. — Pour le commodat, nous remarquons la particularité que le propriétaire a le choix d'attaquer le commodataire, auquel cas il perd le droit d'intenter l'*actio furti*, ou bien de poursuivre le voleur par cette dernière action, ce qui implique alors renonciation à l'*actio commodati*. § 16, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 14, § 15, D., *de furtis* 47, 2. – L. 15, C., *eodem*, 6, 2.

[33] § 15, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 12, pr. D., *de furtis* 47, 2.

[34] Les Romains considèrent comme tels tous ceux qui ont coopéré au vol, en fournissant aide et conseil, *cuius ope et consilio furtum factum est;* ce qui n'implique pas toujours une coopération et un conseil directs. Cic., *de natura deorum*, III, 30. – Aulu-Gelle, XI, 18, 23. – Gaius, III, 202. – Paul, II, 31, 10. – § 11, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 16. 50, § 1-4. Fr. 52, § 19, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 53, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. – Fr. 47, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — *Voy.* aussi les auteurs modernes, cités ci-dessus, § 267, note 15.

[35] Fr. 1, pr. D., *de privatis delictis* 47, 1. Cf. t. I, § 56, note 6.

[36] L. 14, C., *de furtis* 6, 2. – § 4 in f., I., *de obligationibus ex delicto* 4, 1. — Cf. § 6. 7. 11. 12, I., *eodem*.

[37] *Voy.* ci-dessus, § 267, notes 18. 19.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 267, notes 9 et 10. La condamnation au double se rencontre également dans deux applications spéciales de l'*actio furti*, qui remontent à la loi des Douze Tables et qui sont connues sous le nom de *actio arborum furtim cæsarum* et *actio de tigno furtivo*. *Voy.* ci-après, § 286.

[39] *Voy.* §§ 175. 176. Le montant de la condamnation varie donc suivant l'intérêt du demandeur. Fr. 27, pr. et § 1. 2. Fr. 28. Fr. 52, pr. Fr. 46, § 1. Fr. 50, pr. Fr. 67, § 1. Fr. 74. Fr. 87, D., *de furtis* 47, 2.

[40] Fr. 7, § 14 in f. D., *de pactis* 2, 14. « .... Nam et de furto pacisci Lex permittit. » – Fr. 9, § 2 in f. D., *de minoribus* 4, 4. « Ergo et si potuit *pro fure damnum decidere* (ci-dessus, note 27) magis quam actionem dupli vel quadrupli pati... ». – Fr. 7, pr. D., *de condict. furtiva* 13, 1. – Fr. 42, § 1. Fr. 46, § 5. Fr. 52, § 26. 27. Fr. 54, § 5. Fr. 56, § 4, D., *de furtis* 47, 2. – L. 13, C., *eodem* 6, 2.

Pour terminer, il nous reste à faire observer que le père de famille ne peut intenter l'*actio furti* contre ses enfants sous puissance, ses esclaves, affranchis et clients du chef des vols commis par eux à son préjudice[41]. — L'*actio furti* est également refusée à l'époux qui aurait à se plaindre d'une soustraction frauduleuse commise par son conjoint pendant le mariage. La victime de la soustraction ne peut agir contre le conjoint coupable [42] qu'en restitution de la chose, soit au moyen de la revendication, soit par une *condictio* qui, dans cette application, perd la qualification de *furtiva* pour prendre le nom plus honnête d'*actio rerum amotarum* [43].

Observation. Nous n'avons parlé, dans le paragraphe qui précède, que des deux actions qui résultent directement du vol, et qui peuvent être cumulativement employées contre le voleur. Il va sans dire que le propriétaire de la chose volée peut intenter la revendication aussi bien contre le voleur, détenteur de la chose, que contre toute autre personne qui en aurait la possession. De plus, comme nous le verrons ci-après, le propriétaire, ainsi que tous autres qui y ont un intérêt suffisant, peuvent encore recourir à une simple *condictio sine causa* ou bien à l'*actio ad exhibendum*, pour obtenir à peu près le même résultat [44]. Mais le demandeur qui a choisi l'un de ces moyens ne peut plus prendre l'autre, et le même concours électif existe entre chacun de ces moyens et la *condictio furtiva*, par la raison que toutes ces actions tendent au même but pratique, et sont toutes *rei persequendæ causa comparatæ* [45]. Par contre, elles concourent cumulativement avec l'*actio furti*, qui est pénale, et qui peut être intentée, quand même le voleur aurait réparé le dommage qu'il a causé par son délit [46].

§ 270. De la rapine. *Vi bona rapta* †.

La personne à qui l'on avait pris une chose avec violence pouvait

[41] § 12, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 16. 17. 89. 91, D., *h. t.* – Fr. 11, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. – Cf. L. 3. 4, C., *de patria potestate* 8, 47, et ci-après, t. III, § 330. 334. 337. — Cette défense cessait quand le *filius familias* avait un *peculium castrense*. Dans ce cas, en effet, on donnait au père une action utile, comme par contre le père pouvait aussi être poursuivi s'il avait soustrait des objets faisant partie de ce pécule. Fr. 52, § 4. 5. 6, D., *h. t.*

[42] Les coauteurs et les complices du vol demeurent soumis aux actions de vol.

[43] § 12, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Tit. D., *de actione rerum amotarum* 25, 2. – Tit. C., *eodem* 5, 21. – Fr. 9, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3. *Voy.* ci-après, t. III, § 308. — Rappelons que les époux ne sont pas davantage, l'un vis-à-vis de l'autre, passibles du *iudicium expilatæ hereditatis*. Ci-dessus, note 8.

[44] § 19, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – Fr. 9 in f. D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 7, § 1, D., *de cond. furt.* 13, 1.

[45] Fr. 8, pr. Fr. 10. 14, § 2, D., *de cond. furt.* 13, 1. — Cf. t. I, § 57, notes 5 et 6.

[46] *Voy.* t. I, § 57, note 6.

† Gaius, III, 209. – Tit. I., *de bonis vi raptis* 4, 2. – Tit. D., *vi bonorum raptorum et de turba* 47, 8. – Tit. C., *vi bonorum raptorum* 9, 33.

intenter les actions de vol [1]. Elle avait aussi la faculté de faire une poursuite publique pour crime de violence [2]. Mais pendant les guerres civiles, où les attaques à main armée étaient devenues très-fréquentes, le préteur M. Lucullus créa en outre une action particulière du chef de dommage causé par agression de gens réunis et armés, *hominibus armatis coactisque* [3]. Cette action, appelée *vi bonorum raptorum*, était *in quadruplum* endéans l'année; après ce délai, *in simplum*. Du temps de Gaius, quelques jurisconsultes considéraient cette poursuite *in quadruplum* comme purement pénale; mais dans la compilation de Justinien, elle figure partout comme mixte, contenant trois éléments du *quadruplum* à titre de peine, et le quatrième *rei persequendæ causa* [4]. L'édit de Lucullus avait exigé que le fait eût été commis par des hommes armés et réunis; mais aussi quand ces conditions s'y trouvaient, les dispositions pénales qu'il comminait s'appliquaient non-seulement à l'enlèvement, mais à tout dommage causé par violence. Sous les empereurs, le mot armé disparut de l'édit, et la jurisprudence finit par admettre l'*actio vi bonorum raptorum*, alors même que la violence eût été commise par un seul; mais d'autre part, on soumit l'action à une restriction, en ne l'appliquant qu'au cas où une chose avait été enlevée de vive force [5]. Dans le droit nouveau, l'*actio vi bonorum raptorum* est donc une véritable superfétation, d'autant plus que, sauf quelques légères nuances, elle compète aux mêmes personnes et peut être dirigée contre les mêmes personnes qui figurent dans les actions de vol [6]. Pourtant elle en diffère par les points suivants, qui constituent son utilité particulière : 1° la peine élevée du triple est due quand même le *raptor* n'a pas été pris sur le fait [7]; 2° la complicité est jugée d'après des

[1] Pr. I., *hoc titulo. Voy.* ci-après, note 14.

[2] Fr. 2, § 1, D., *h. t. Voy.* encore ci-après, note 14, et tome I, § 40, note 2.

[3] *Voy.*, en général, Cic., *pro Tullio*, où se trouve la formule de l'action au chapitre 5 : « Iudicium vestrum est, recuperatores : « Quantæ pecuniæ paret dolo malo familiæ P. Fabii vi hominibus armatis coactisque damnum factum esse M. Tullio... » — Cf. Fr. 2, pr. § 12, D., *h. t.*

[4] Gaius, III, 209. IV, 8. — Pr. I., *hoc titulo.*

[5] Cf. Cic., *pro Tullio, passim*, et Gaius, III, 209, avec les titres du *Corpus iuris* qui traitent de la matière.

[6] § 2, I., *h. t.* — Fr. 2, § 22 et sqq. D., *eodem.* — Il est cependant à remarquer que la notion de la complicité dans l'*actio vi bonorum* est plus étendue que dans l'*actio furti* (ci-après, note 8), et que notre action ne se donne point contre les héritiers des coupables, pas même *in quantum locupletiores*. Fr. 2, § 27, D., *h. t.* « ... Quia putavit (Pomponius) sufficere condictionem. » Il y a encore, sous ce rapport, quelques autres différences (*voy.* Fr. 2, § 22. 24. 27, D., *h. t.*, « 24.... si quis igitur interesse sua *vel modice* docebit, debet habere *v. b. r.* actionem ».), ce qui n'empêche pas Ulpien de dire, au § 23 du même fragment : « Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem. »

[7] Pr. § 2, I., *h. t.* - Fr. 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 52, § 3, D., *de furtis* 47, 2. — C'est pourquoi l'*actio vi bonorum raptorum* concourt avec l'*actio furti nec manifesti*, sur laquelle elle l'emporte, tandis que nous ne la voyons jamais concourir avec l'*actio furti manifesti*, qui est plus avantageuse. Fr. 1, D., *h. t.* — Fr. 80, § 3. Fr. 88, § 7, D., *de furtis* 47, 2. — Remarquons, au reste, que dans

règles plus larges que dans les actions de vol [8]; 3° la position du demandeur est plus avantageuse, en ce sens que l'édit n'exige pas la preuve que le dommage ait été causé *iniuria* [9], bien que l'agent, pour être passible de cette action, doive avoir agi *dolo malo* [10]; 4° le *quadruplum*, dans l'*actio vi bonorum raptorum*, se calcule sur la véritable valeur de la chose et non sur l'intérêt du demandeur [11]; 5° enfin, il paraît que, dans l'ancien droit, la procédure qui se faisait devant des récupérateurs était plus expéditive [12].

Le titre du Digeste qui traite de la rapine mentionne encore une action relative au dommage causé par un attroupement, et tendant à obtenir condamnation au double dans l'année, après l'année, au simple du dommage causé [13].

Observation. Nous avons fait observer, dans le paragraphe qui précède, que l'*actio vi bonorum raptorum* concourt, à l'égard de son élément pénal, avec les actions publiques du chef du *crimen vis* et avec les actions privées du chef de vol [14]. Rappelons également que, pour son élément répersécutoire, elle concourt électivement avec la *condictio furtiva* ou *sine causa*, avec la revendication et avec l'*actio ad exhibendum*, conformément aux règles que nous avons exposées dans l'observation ajoutée au § 269.

§ 271. Du damnum iniuria datum. Actio legis Aquiliæ †.

L'équité naturelle exige que celui qui nous cause un dommage en détruisant ou en lésant notre chose, soit tenu de nous indemniser. Les Romains ont toujours reconnu ce précepte d'équité; mais, dans cette matière comme dans presque toutes les autres, ils ont commencé par créer des dispositions particulières pour des cas spéciaux qui se présen-

notre action, le quadruple se calcule, non pas d'après *omne quod interest*, mais sur le pied de la véritable valeur de la chose enlevée. Fr. 2, § 13, D., *h. t.* « ... verum pretium rei quadruplatur, non etiam interest. »

[8] Cic., *pro Tullio*, 10. — Fr. 2, pr. § 2, D., *h. t.* — Fr. 80, § 4, D., *de furtis* 47, 2.

[9] Cic., *pro Tullio*, 12. 38. 39. 42. — Il suffit que la chose soit enlevée *ex bonis actoris*. *Voy.* § 2, I., et Fr. 2, § 22, D., *h. t.* — L. 3, C., *eodem*.

[10] Cic., *pro Tullio*, 26. — Fr. 2, pr. § 2. 8. 18, D., *h. t.* — Celui qui agit *sine dolo malo* n'est pas passible de l'*actio vi bonorum raptorum*; mais il s'expose, dans tous les cas, aux peines comminées contre ceux qui ont voulu se rendre justice à eux-mêmes. *Voy.* tome I, § 40, et Fr. 2, § 18, D., *h. t.*

[11] Fr. 2, § 13, D., *h. t.* « In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest. » *Voy.* ci-dessus, note 7 *in fine*.

[12] Cic., *pro Tullio*, 10. — Cf. t. I, n° 100 *in fine*.

[13] Fr. 4, D., *h. t.* « Prætor ait : Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum... iudicium dabo, etc. »

[14] Fr. 2, § 26, D., *hoc titulo*.

† Gaius, III, 210-219. — Paul, I, 19, 1. — Tit. I, *de lege Aquilia* 4, 3. — Tit. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Tit. C., *de lege Aquilia* 3, 35.

tent le plus fréquemment : ce n'est que par des extensions analogues qu'ils sont arrivés au principe général que nous venons de formuler.

Déjà, la loi des Douze Tables avait contenu différentes dispositions sur la réparation du dommage causé par des faits illicites. La plupart de ces dispositions se rapportaient à l'agriculture [1]. Elles furent toutes abolies par la célèbre loi *Aquilia,* qui servit de base aux extensions à l'aide desquelles la jurisprudence devait aboutir au principe général [2]. Ce plébiscite, qui date peut-être de la dernière émigration de la plèbe [3], se composait de plusieurs chapitres [4]. Le premier chef obligeait celui qui avait tué l'esclave ou le *pecus* d'autrui à payer au maître la plus haute valeur que la chose aurait eue dans l'année qui avait précédé le délit [5]; le second chef donnait une action contre l'*adstipulator* qui, pour frustrer le stipulant, aurait libéré le débiteur en lui faisant remise de la dette au moyen de l'acceptilation [6]; enfin le troisième chef se rapportait à tout autre dommage causé par la destruction ou la lésion de notre chose, et obligeait l'auteur du fait à payer la plus haute valeur que la chose avait eue dans les trente derniers jours [7]. — Le second chef, dont l'utilité ne subsista pas longtemps, tomba en désuétude avec l'institution des adstipulateurs : dans le droit nouveau, il n'est plus question que des deux autres chapitres [8].

[1] *Voy.* les diverses dispositions qui se trouvent dans la restitution des Douze Tables de Dirksen, à la table IX, 8-11. — Cf. Pline, *H. N.*, XVII, 1; XVIII, 3; XXVIII, 2; et Servius, *ad Verg. Eclog.*, VIII, 99.

[2] Fr. 1, pr. D., *hoc titulo.*

[3] Théophile, ad § 15, I., *h. t.—Basilica,* LX, 3, 1 et *Schol. ad h. l.* (Heimbach, p. 263.—Fabrot, p. 48. 66).

[4] Nous n'en connaissons pas le nombre précis, car il paraît que, outre les trois chefs, appartenant au droit privé, dont nous parlons dans le texte, la loi *Aquilia* menaçait d'une peine pécuniaire, à poursuivre *iudicio publico,* ou plutôt *populari,* le citoyen qui infligerait sans motifs de mauvais traitements aux esclaves et aux animaux. Cic., *pro Tullio,* c. 9; *Brutus,* c. 34. « Atque eodem tempore accusator de plebe L. Cæsulenus fuit, quem ego audivi iam senem, cum a L. Sabellio multam lege Aquilia de iniuria (*al.* iustitia. iniustitia) petivisset. » Cf. le même, *de officiis,* I., 7. II, 13; Térence, *Heautontimoroumenos* I, 1, 82, et ci-dessus, t. I, nº 85 *in fine.*

[5] Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Lege Aquilia capite primo cavetur : Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto. »—Cf. Pr. § 1, I., *eodem,* et sur l'estimation du dommage, § 9, I., *eod.* —§ 19, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 21, pr., § 1. Fr. 23, § 2 sqq. Fr. 51, § 2. Fr. 55, D., *h. t.*

[6] Gaius, III, 215. « Capite secundo in adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. 216. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur. »

[7] Fr. 27, § 5 sqq. D., *h. t.* « Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia : Ceterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria ; quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto. » Fr. 29, § 6, D., *eodem.* – § 13-15, I., *eodem.* — Pour l'estimation du dommage, *voy.* les textes cités à la note 5.

[8] § 12, I., *h. t.* « Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est. » – Fr. 27, § 4, D., *eodem.* « Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. » — Ces deux textes étaient,

Originairement, ces dispositions de la loi Aquilia ne protégeaient que le propriétaire de la chose endommagée [9], et ne s'appliquaient qu'au cas où le dommage avait été causé matériellement à la chose par le corps même de l'auteur du délit, *corpore corpori* [10]. Mais la jurisprudence en étendit le principe, et donna une *actio utilis* au possesseur de bonne foi et aux personnes qui avaient un intérêt à la conservation de la chose à cause d'un droit réel [11], ainsi que dans le cas où l'agent avait causé le dommage à notre chose, sans la toucher matériellement, *corpori nec corpore* [12]. Enfin, en étendant davantage l'analogie, on finit par faire entrer sous les dispositions de la loi Aquilia des espèces où le fait dommageable, sans amener précisément la destruction ou la lésion de notre chose, occasionnait pourtant un préjudice par rapport à la chose [13]. Dans cette dernière hypothèse, on accordait une *in factum actio* que Justinien distingue de l'*actio utilis* dont nous venons de parler, comme les jurisconsultes classiques séparent cette dernière de l'*actio directa legis Aquiliæ* [14]. Mais quand on examine soigneusement les diverses décisions contenues dans nos sources, on demeure convaincu que ces trois actions, tout en ayant des bases différentes qui, dans l'ancien droit, pouvaient

avant la découverte de Gaius, tout ce que l'on savait sur le second chapitre de la loi *Aquilia*. Le manuscrit de Vérone nous a appris que ce chapitre traitait du dommage causé par l'acceptilation de l'adstipulateur, faite en fraude des droits du stipulant (*voy.* ci-dessus, note 6). Il est plus que difficile d'expliquer d'une manière complétement satisfaisante la réunion dans la même loi de dispositions qui paraissent si peu homogènes.

[9] Fr. 11, § 6. 9. Fr. 13, pr. Fr. 27, § 5. Fr. 43, D., *h. t.*

[10] Gaius, III, 219. — § 16, I., *h. t.* — Fr. 51, pr. D., *eodem.*

[11] Fr. 11, § 8. Fr. 17, pr. D., *h. t.* — Fr. 11, § 10. Fr. 12. 17, pr. § 3. Fr. 30, § 1, D., *eodem.* — On est allé jusqu'à accorder une action utile au père de famille du chef de la lésion infligée à ses enfants sous puissance et à l'homme libre du chef des lésions dont son propre corps a été victime. Ci-après, note 38. — Exceptionnellement, l'action est donnée au fermier pour dommage causé à sa récolte. *Voy.* ci-après, note 36.

[12] (Gaius, III, 219) § 16, I., *h. t.* « Ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent : veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit ut præcipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis læsus erit, utilis in eum actio datur. Sed si quis *rel.* » — Fr. 7, § 3. 6. Fr. 9, pr. § 1. 2. 3. Fr. 11, § 1. 5. 8. Fr. 29, § 7. Fr. 30, § 3. Fr. 53, D., *eodem.* — Fr. 14, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 2, § 20, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. — L. 5, C., *h. t.*

[13] (Gaius, III, 219 in f.) § 16 in f. I., *h. t.* « Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit..... placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri : veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit ut fugeret. » — Fr. 3, § 1. Fr. 4, D., *de servo corrupto* 11, 3. — Fr. 7, § 3. 6. 7. Fr. 9. 11, § 1. 5. Fr. 27, § 14. 20. 21. 22. Fr. 29, § 5. 7. Fr. 30, § 2. Fr. 33, § 1, D., *h. t.* — Fr. 49, pr. D., *eodem.* « Si quis fumo facto apes alienas fugaverit... ». — Fr. 53, pr. D., *eodem.* « .... Si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam inquinares... Si quis frumento arenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agere poterit... Si quis de manu mihi numos excusserit... in flumen, vel in mare, vel in cloacam... Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit... Si quis *misericordia* ductus, alienum servum compeditum solverit ut fugeret. Cf. Fr. 7, § 7, D., *de dolo malo*

influer sur la rédaction de la formule [15], ne diffèrent plus dans le droit nouveau que par le nom [16].

Pour qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions de la loi Aquilia, il ne suffit pas qu'un dommage tel qu'il vient d'être décrit ait eu lieu, il faut de plus qu'il ait été causé *iniuria*. Les Romains appellent ainsi *omne quod non iure fit* [17], d'où il suit que nous ne sommes pas responsable du dommage que nous causons à autrui par un fait qui est tout simplement l'exercice d'un droit qui nous compète [18]. Abstraction faite de cette hypothèse, il y a dans la plupart des cas *iniuria*, par cela seul que notre fait a causé un dommage à quelqu'un; car, en thèse générale, nous n'avons point le droit d'influer d'une manière quelconque sur la chose d'autrui [19]. Mais il est évident que la loi ne saurait souffrir application quand le fait dommageable est un événement de force majeure, un cas purement fortuit [20]. Pour que nous puissions être poursuivi en réparation d'un dommage, il faut que le fait dont il s'agit émane de nous et puisse nous être

4, 3. — *Voy.* encore les textes suivants : *A*) Fr. 11. 14. 23, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 55 in f. D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. — *B*) Gaius, III, 202, combiné avec § 11, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — *C*) *Coll. legum Mos.*, XII, 7, 8 (Fr. 27, § 10, D., *h. t.*). Cf. Fr. 24, § 7, D., *de damno infecto* 39, 2.

[14] Cette terminologie, au reste, est loin d'être rigoureuse. Dans notre matière, comme ailleurs, les locutions *utilis actio* et *in factum actio* sont très-souvent employées indistinctement. Il suffit ici de citer Fr. 11, § 8 Fr. 17. Fr. 30, § 2, D., *h. t.* — Fr. 4, D., *de servo corrupto* 9, 3. — Fr. 50, § 4. Fr. 51, D., *de furtis* 47. 2. — Fr. 2, § 20, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. Cf. ci-dessus, t. I, § 52, note 9.

[15] Les actions utiles, accordées au possesseur de bonne foi, à l'usufruitier, etc., étaient probablement *fictitiæ*, en ce sens que la formule autorisait le juge à condamner, *comme si A. A. était propriétaire*. Les *in factum actiones* exigeaient un exposé des faits particuliers de la cause. Or, comme ces faits n'étaient pas compris dans le texte de la loi et ne pouvaient, par conséquent, être énoncés *propriis et usitatis nominibus*, comme l'exige la *demonstratio*, il fallait recourir à une *præscriptio*. Fr. 11. 14. 23, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. Cf. ci-dessus, § 243, notes 11 sqq. — Les unes comme les autres, au reste, s'introduisant sous la forme condictice, avaient l'*intentio in ius concepta* : Dare oportere. *Voy.* le texte des chapitres 1 et 3, transcrits ci-dessus, aux notes 5. 7, et ci-après, les notes 33. 34. 35.

[16] On a soutenu que les *utiles* et les *in factum actiones* avaient différé de l'*actio directa legis Aquiliæ*, en ce qu'elles auraient été purement répersécutoires et qu'elles n'auraient pas entraîné la peine du double en cas de dénégation. Cette opinion, contraire aux règles générales (Fr. 47, § 1, D., *de negotiis gestis* 3, 5. « ... Utraque actio (directa et utilis) eiusdem potestatis est, eumdemque habet effectum »), n'est appuyée d'aucun texte; bien au contraire, le Fr. 12, D., *h. t.*, admet la plus haute valeur de l'année dans une action utile, et la L. 5, C., *eodem*, prononce la condamnation au double à l'occasion d'une *in factum actio*.

[17] Gaius, III, 211. — *Coll. leg. Mos.*, VIII, 3. — § 2, I., *h. t.* — Pr. I., *de iniuriis* 4, 4. — Fr. 3. 5, § 1, D., *h. t.*

[18] Fr. 151, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. » — § 2, I., *h. t.*, et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 4. 5. 45, § 4. Fr. 49, § 1, D., *h. t.*, où il s'agit de lésions que nous occasionnons en usant du droit de légitime défense.

[19] Car, comme le dit Pomponius, nous agissons sans droit, quand nous nous mêlons de choses qui ne nous regardent pas. *Voy.* ci-après, note 28.

[20] § 3. 4. 5. 14, I., *h. t.* — Fr. 11, pr. Fr. 52, § 4. Fr. 57, D., *eodem*.

imputé [21]. Il va sans dire que nous en sommes responsable si nous avons agi avec le dessein de nuire, *dolus*. Mais cette intention positive n'est pas nécessaire. Il suffit que le fait dommageable puisse nous être imputé comme tel [22]; la simple faute a pour effet de nous rendre passible de la loi Aquilia : *in lege Aquilia et levissima culpa venit* [23]. — Comme nous ne pouvons faire injure à qui que ce soit en ne faisant rien, le *damnum iniuria datum* suppose toujours un fait positif, ou, comme on a l'habitude de s'exprimer, nous ne pouvons nous rendre passible de la loi *Aquilia* par une simple omission [24]. En effet, nous ne sommes point *à priori* tenu de faire quelque chose pour un autre, et ne pouvons par conséquent le léser en omettant quoi que ce soit [25]. Cependant cet état de choses, qui existe *à priori*, peut se modifier par des faits qui établissent un rapport obligatoire entre nous et une autre personne. Pareil rapport obligatoire peut naître soit d'une convention avec cette personne [26], soit d'un fait unilatéral que nous commettons à l'égard de cette personne et qui nous impose des prestations ou des soins auxquels, sans ce fait, nous n'aurions point été tenu [27]. Sous ce dernier rapport, Pomponius dit que nous sortons des limites de notre droit en nous mêlant de choses qui ne nous regardent pas [28]; et dans un autre passage, nous lisons que la loi *Aquilia* frappe aussi celui qui a simplement fourni l'occasion du fait dommageable [29]. —

[21] C'est pourquoi les déments et les enfants ne sont pas passibles de la loi *Aquilia*. Fr. 5, § 2, D., *h. t.* Cf. Fr. 52, § 1, D., *eodem*, et ci-dessus, § 172, notes 3. 7.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 172, III, et OBSERVATION 1. — On trouve aux § 4-8, I., *h. t.*, diverses décisions relatives à l'imputabilité du fait.

[23] Fr. 44, D., *h. t.* — § 3. 14, I., *eodem;* Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 33. Fr. 30, § 3, D., *eodem.*

[24] C'est donc par rapport à l'existence de l'*iniuria* qu'on peut distinguer entre *faciendo* et *non faciendo* (ou entre *committendo* et *omittendo*, pour employer le langage des interprètes modernes); mais, en matière de faute, pareille distinction est oiseuse, et elle conduit à des hérésies, quand on en veut faire dériver des conséquences pratiques, comme le fait PAUL, Fr. 91, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. ci-dessus, § 246, note 19 ; § 174, notes 20-28 ; § 173, note 41 ; § 172, note 9 et OBSERVATION 2.

[25] Fr. 13, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 27, § 9, D., *h. t.*

[26] § 6, I., *h. t.* « Præterea, si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est. » — Fr. 7, § 8. Fr. 27, § 9, D., *h. t.* — Fr. 57, D., *locati* 19, 2. — *Voy.* aussi, ci-après, OBSERVATION.

[27] *Coll. leg. Mos.*, XII, 7, 7. — § 5, I., *h. t.* — Fr. 27, § 9. Fr. 30, § 3, D., *h. t.*, ci-après, note 29. — Fr. 31, D., *eodem.*

[28] C'est ainsi qu'il faut entendre le Fr. 36, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti. » Le mot *culpa*, dont se sert Pomponius, est, en effet, très-mal choisi. Il se peut que, loin d'être coupable, nous méritions les plus grands éloges en nous mêlant des affaires d'un autre; mais si, en agissant ainsi, nous influons sur la chose d'autrui, nous faisons ce que nous n'avons pas le droit de faire, et nous assumons la responsabilité de ce qui en peut résulter; particulièrement, nous devenons responsables du *damnum* qui en peut résulter.

[29] (*Collatio legum Mosaicarum et romanarum*, XII, 7). Fr. 27 § 7-12, D., *hoc titulo.* — Fr. 30, § 3, D., *eodem.* « In hac quoque actione quæ ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ eius causa ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiramus, num

Quand le *damnum iniuria datum* prend naissance à l'occasion d'un rapport obligatoire entre les deux parties, il peut y avoir concours électif entre l'*actio legis Aquiliæ* et l'action qui résulterait du rapport obligatoire à l'occasion duquel le dommage a été causé [30]. Il va sans dire que l'action Aquilienne peut aussi concourir avec des actions pénales, si le fait dommageable réunit les conditions nécessaires pour tomber sous l'application d'une autre loi pénale [31].

Après avoir ainsi déterminé la nature du fait dommageable, occupons-nous de l'action à laquelle il donne lieu. Cette action, qu'on appelle *damni iniuriæ actio* [32] ou *actio legis Aquiliæ*, a dû s'introduire sous le règne des *legis actiones* au moyen du *sacramentum* ou *per condictionem* [33]; dans le système formulaire est restée la *condictio*, longtemps exclusivement *certi* [34], mais admise également comme *actio incerta* quand on eut appliqué à notre matière les principes généraux en matière de dommages et intérêts [35]. — Elle peut être intentée par le propriétaire et par le possesseur de bonne foi de la chose, ainsi que par tous ceux qui y ont un intérêt à cause d'un droit réel, par exemple l'usufruitier, le créancier hypothécaire, etc. [36]. Ceux qui n'ont un intérêt à la chose que par suite d'un droit

imperitia eius aut negligentia id acciderit; nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. *Nam et qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur.* In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet... At si omnia quæ oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. »

[30] Fr. 5, § 3. Fr. 6. Fr. 7, § 8. Fr. 18. 27, § 11. 34. 35. Fr. 42, D., *h. t.* — Fr. 36, § 2, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. — Fr. 13, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 10, pr. D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 7, § 1. Fr. 18, § 1, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 47, § 1. Fr. 48. 49. 50, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 13, pr., 25, § 5. Fr. 30, § 2. Fr. 43, D., *locati* 19, 2. — Dans tous ces cas, le demandeur qui a fait choix de l'action du contrat peut encore poursuivre par l'*actio legis Aquiliæ* ce qu'il aurait obtenu de plus, s'il avait d'abord choisi cette dernière. Fr. 7, § 1, D., *commodati* 13, 6; Fr. 12, § 6. Fr. 13, D., *de liberali causa*; Fr. 34, § 2 in f., D., *de obl. et act.* 44, 7 (tome I, § 57, notes 4. 6). *Voy.* aussi l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[31] Avec l'*actio furti* ou *vi bonorum raptorum*. Fr. 2, § 1. 2, D., *de delictis privatis* 47, 1. — Avec l'*actio arborum furtim cæsarum*. Fr. 5, § 1, D., *arborum furt. cæsar.* 41, 7. — Avec l'*actio legis Corneliæ de sicariis*, § 11, I., *hoc. titulo*; Fr. 23, § 9, D., *eodem*; Fr. 1, § 3, D., *ad legem Corn. de sicariis* 48, 8. — Dans tous ces cas, le concours est cumulatif. Fr. 2, pr. D., *de delictis privatis* 47, 1, et ci-dessus, t. I, § 57, notes 6 et 7.

[32] Pr. I., *h. t.* « Damni iniuriæ actio constituitur per legem Aquiliam... »

[33] *Voy.* la note suivante et ci-dessus, §§ 194. 195, ainsi que t. I, § 43, nos 1. 3.

[34] *Voy.* ci-dessus, note 15 *in fine* et Fr. 9, pr. § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Cf. *Coll. leg. Mos.*, II, 4 et XII, 7, où il faut évidemment vers la fin de l'inscription lire : EST CONDICERET au lieu de ET CUM DICERET. La circonstance qu'il y a lieu d'estimer QUANTI ID PLURIMI FUIT IN EO ANNO, IN DIEBUS TRIGINTA PROXIMIS n'ôte point à l'action le caractère de *condictio certi*. Cf. ci-dessus, § 195, notes 5. 6. 10, et t. I, § 51, note 12.

[35] § 10, I., *h. t.* — Fr. 21, § 2. Fr. 22. 23, pr. § 1-7. Fr. 29 in f. Fr. 33, pr. D., *eodem* et ci-après, note 44.

[36] *Voy.* les passages cités ci-dessus, aux notes 9 et 11. — Ainsi il peut se faire que l'usufruitier ou le creancier hypothécaire agissent contre le propriétaire même de la chose (Fr. 12. 17, pr. D., *h. t.*), ou qu'ils se trouvent en concours avec le propriétaire pour intenter l'action contre le tiers, auteur du dommage. Fr. 30, § 1, D., *eodem*. « ... In his casibus, in quibus creditori

d'obligation n'ont point par eux-mêmes l'*actio legis Aquiliæ* [37]; mais il se peut que pour une cause quelconque le propriétaire soit tenu de leur faire cession de l'action [38]. Par extension, l'action est accordée même pour le dommage que nous éprouvons par la lésion de notre corps ou de celui d'un enfant soumis à notre puissance [39]. — Elle se donne contre l'auteur du délit et contre ses complices, quels qu'il soient [40]; il se peut même qu'elle soit dirigée contre le propriétaire, savoir lorsque, en détruisant ou détériorant sa chose, il a causé un dommage à d'autres personnes qui y avaient un intérêt par suite d'un *ius in re* [41] ou même d'une simple possession de bonne foi [42]. Les héritiers du coupable n'en sont passibles que jusqu'à concurrence de ce dont le délit les a enrichis, *in quantum locupletiores facti sunt* [43]. — L'action de la loi *Aquilia* est mixte : elle tend en effet à obtenir non-seulement la réparation du dommage causé [44], mais encore la plus haute valeur que la chose détruite ou détériorée avait eue

danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliæ actio. »

[37] Fr. 11, § 9, D., *h. t.* — Fr. 18, § 5, D., *de dolo malo* 4, 3. — Dans un cas spécial, elle est cependant accordée au fermier d'un immeuble. Fr. 27, § 14, D., *h. t.* ci-dessus, note 11.

[38] Fr. 20, § 17, D., *de heredit. petit.* 5, 3. — Fr. 16, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 12. 13, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 13, § 12, D., *emti* 19, 1. — Fr. 38, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 30, § 1, D., *h. t.*, ci-dessus, note 36.

[39] *Voy.* ci dessus, note 11 et Fr. 5, § 3. Fr. 6. 7, pr. Fr. 13, pr. § 4, D., *h. t.* — Fr. 13, pr. D., *cité.* « Liber homo suo nomine utilem Aquiliæ habet actionem (directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur); fugitivi autem nomine dominus habet. » Cf. Fr. 3, D., *si quadrupes* 9, 1. — Fr. 7, D., *de his qui effuderint* 9, 3.

[40] Les coauteurs et complices sont tenus *in solidum; et, si cum uno agatur, ceteri non liberantur, cum sit pœna.* Fr. 11, § 2. 4, D., *h. t.* Les Fr. 11, § 2. Fr. 51, § 1, D., *h. t.*, traitent du cas où un esclave est mort à la suite de coups portés par plusieurs *ensemble;* les Fr. 11, § 3. Fr. 15, § 1. Fr. 51, pr. D., *eodem* examinent l'hypothèse où la mort a eu lieu à la suite de coups portés *successivement* par diverses personnes, ayant agi séparément. — Fr. 37, pr. D., *h. t.* « Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliæ cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit. » — Quant à la responsabilité du maître de l'esclave qui a commis le délit, *voy.* Fr. 44, § 1. Fr. 45, D., *hoc titulo;* Fr. 2. 3. 4, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4 et ci-après, § 285.

[41] *Voy.* ci-dessus, note 36.

[42] Par exemple : à cause du droit de se faire indemniser des impenses faites sur la chose; à cause de l'action en garantie du chef d'éviction qui s'éteint par la perte de la chose (ci-dessus, § 212, note 53). Fr. 17, pr. D., *h. t.*

[43] § 9, in f. I., *h. t.* — Fr. 23, § 8, D., *eodem.* — Cf. Fr. 10, pr. D., *communi dividundo* 10, 3. Dans ce passage, les mots : *hoc iudicio,* doivent s'entendre du *iudicium communi dividundo* et non pas de l'*actio legis Aquiliæ.* — *Voy.* au reste ci-dessus, t. 1, § 56, notes 6-8.

[44] D'après le texte de la loi, on devait prendre pour base la valeur absolue de la chose, mais la jurisprudence y appliqua les règles générales sur l'appréciation des dommages et intérêts, telles que nous les avons exposées ci-dessus, § 175, nos 1 à 3, et d'après lesquelles le débiteur est tenu de tout dommage direct et indirect, qui est une suite nécessaire du fait. § 10, I., *h. t.* « Illud non ex verbis, sed ex interpretatione placuit. » — Fr. 21, § 2. Fr. 22. 23, pr. § 1-7. Fr. 29, § 3 in f. Fr. 33, pr. D., *eodem.*

dans l'année ou dans le mois qui avait précédé le délit [45]. Elle présente encore ceci de particulier que le coupable qui nie le délit est condamné au double, *lis infitiando crescit in duplum* [46]. Dans l'ancien droit, où le demandeur avait la faculté d'interroger l'adversaire avant de procéder à la *litis contestatio* (*interrogare in iure* [47]), cette particularité influait sur la teneur de la formule. Si le défendeur avouait, l'action, qu'un texte du Digeste appelle, dans ce cas, *confessoria actio*, n'avait plus d'autre but que de déterminer le *quantum* de la condamnation [48]. Dans le cas contraire, la formule, conçue *in duplum*, impliquait en outre l'examen préalable des faits dénié [49]. Ces distinctions ont disparu dans le droit nouveau, mais il en est resté quelques traces dans la compilation de Justinien [50].

Observation. Nous avons eu l'occasion de faire observer que dans les cas où le dommage a été causé par une personne avec laquelle nous nous trouvons déjà dans un rapport obligatoire contractuel, l'action du contrat peut concourir électivement avec l'*actio legis Aquiliæ* [51]. Cette proposition, qui est incontestable en droit romain, peut au premier abord paraître contraire à l'équité dans les cas où le débiteur, en vertu de son contrat, n'était originairement tenu que de la faute lourde, puisque dans l'action de la loi Aquilia *et levissima culpa venit*. Mais en y réfléchissant de plus près, on s'aperçoit aisément qu'il n'en est rien. Car l'*actio legis Aquiliæ* suppose nécessairement un dommage causé *iniuria*, et le contractant qui se renferme dans les limites de son contrat ne peut se rendre coupable d'*iniuria* [52]. Or, quand il sort de ces limites, il ne saurait plus se couvrir du contrat, et ce n'est certes pas sa qualité de débiteur qu'il pourrait

[45] *Voy.* ci-dessus, les notes 5 et 7. — Il faut pourtant remarquer que le demandeur qui agit du chef de blessures ou lésions faites à son propre corps ou au corps d'un homme libre, ne peut réclamer que des dommages et intérêts et les frais du traitement « quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia quæ pro eius curatione fecerit. » Fr. 7, pr., D., *h. t.* et ci-dessus, note 59.

[46] Gaius, III, 216. IV, 9. 171. — Paul, I, 9, 1. — 7, I., *de obl. quasi ex contr.* 3, 27. — § 19. 23. 26, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 2, § 1. Fr. 23, § 10, D., *h. t.* — L. 4. 5, C., *eodem.* — *Nov.* 18, c. 5. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 75, note 17.

[47] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 68, Observation.

[48] Fr. 25, D., *h. t.* « .... licet fassus sit, 1. confessoria... actio danda est. 2. Notandum quod in hac actione, quæ in confitentem datur, iudex non *rei iudicandæ* sed *æstimandæ* datur : nam nullæ partes sunt iudicandi in confitentes. » Cf. Fr. 20. 23, § 10. 11. Fr. 26, D., *h. t.* — Fr. 9, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 4, D., *de confessis* 42, 2. — L. 5, C., *h. t.*

[49] Fr. 43, § 10, D., *h. t.* — L. 4, C., *eodem.*

[50] Fr. 1, § 1, D., *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus* 11, 1. « Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur. » *Voy.* les passages cités aux deux notes précédentes et t. I, § 68, Observation.

[51] *Voy.* ci-dessus, notes 26-30.

[52] Combinez le Fr. 36, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti » avec les Fr. 27, § 23. 29, D., *h. t.* et Fr. 30, § 2, D., *locati* 19, 2. *Voy.* aussi Fr. 54, § 2, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1.

invoquer pour s'affranchir d'un devoir qui incombe à tout le monde, savoir de ne faire iniure ou tort à qui que ce soit.

§ 272. Des injures †.

Iniuria est, en général, tout ce qui se fait contrairement au droit, *omne quod non iure fit;* mais, dans un sens plus restreint, nous entendons par là un acte qui contient une lésion physique ou morale de notre personnalité [1], soit par des voies de fait, soit par des paroles, soit enfin de toute autre manière [2].

D'après la loi des Douze Tables, la peine pour les injures diffamatoires, *carmina famosa*, était capitale [3]; pour un membre rompu, la peine du talion [4]; pour un os fracturé d'un homme libre, trois cents as; d'un esclave, cent cinquante as; pour toute autre injure, vingt-cinq as [5]. Ces dispositions tombèrent bientôt en désuétude [6]; l'édit permit à la personne injuriée de poursuivre une réparation pécuniaire [7] qu'elle pouvait estimer elle-même, sauf modération par le juge, *actio iniuriarum æstimatoria* [8]. Une loi *Cornelia* [9] donna le choix entre la demande d'une peine privée [10] et la poursuite criminelle devant un tribunal permanent et spécial [11]. Après Dioclétien, nous voyons qu'on poursuivait aussi les injures criminellement *extra ordinem* [12].

† Gaius, III, 220-225. — Paul, V, 4.— *Collatio legum Mosaic. et Rom.* Tit. II.— Tit. I., *de iniuriis* 4, 4. — Tit. D., *de iniuriis et famosis libellis* 47, 10. — Tit. C., *de iniuriis* 9, 35.

[1] Pr. I., *h. t.* — Fr. 1, pr., D., *eodem.* — *Voy.* aussi ci-après, notes 22 et suivantes.

[2] La division en *iniuriæ verbales* et *reales* se trouve déjà chez Labéon (Fr. 1, § 1. D., *h. t.*), mais elle est loin d'épuiser la matière. *Coll. legum Mos.*, II, 5, et ci-après, notes 24-29. 32 sqq.

[3] C'est-à-dire contenant une *capitis deminutio*. Cic., *de republ.* IV, 10. — Arnobius, *adversus gentes,* lib. IV, in fine. — Porphyrion in *Horatii Sat.* II, 1, 81. — Acron, in *Horatii Sat.* II, 1, 86.

[4] A moins que les parties ne s'entendent à l'amiable sur le montant de la peine pécuniaire à payer par le coupable. Aulu-Gelle, XX, 1. « Velut illa lex talionis, cuius verba (nisi memoria me fallit) hæc sunt : Si membrum rupit e pacto talio esto. » — Festus, v° *Talionis* mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo : Si membrum rupserit, ni cum eo pacit, talio esto... » — Gaius, III, 223. — § 7, I., *h. t.*

[5] Gaius, III, 223. 224. — § 7, I., *hoc titulo.*

[6] *Voy.* Aulu-Gelle, XX, 1, qui nous raconte qu'un certain L. Veratius s'amusait à parcourir le forum et à donner des soufflets à tout passant moyennant vingt-cinq as qu'un esclave, qui le suivait, était chargé de remettre à chaque personne injuriée.

[7] Les dispositions de l'édit qui nous ont été conservées se trouvent : Fr. 7, pr. Fr. 15, § 2. 25. 34. Fr. 17, § 10, D., *h. t.*

[8] Gaius, III, 224. — Paul, V, 4, 7. — *Coll. leg. Mos.* II, 6. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 15 sqq., D., *eodem.* — Cf. ci-dessus, § 195, note 10.

[9] Elle ne traitait textuellement que de certaines injures déterminées qui sont indiquées au Fr. 5, pr., § 1-10, D., *h. t.* — Cf. Paul, V, 4, 8, et § 8, I., *h. t.*

[10] Fr. 5, § 6. 7. Fr. 6. 37, § 1, D., *h. t.* — Arg. Fr. 42, § 1, D., *de procuratoribus* 3, 3, combiné avec Paul, V, 4, 12, et § 10, in f. I., *h. t.*

[11] Fr. 12, § 4, D., *de accusat.* 48. 2. — *Voy.* aussi Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris* 1, 2.

[12] Fr. 45, D., *h. t.* — Cf. Paul, V, 4, 14.

En résumé, nous trouvons dans le droit nouveau deux poursuites privées du chef d'injures [13] : l'action civile de la loi *Cornelia*, et l'action estimatoire de l'édit du préteur. Ces deux actions diffèrent en ce que la première est *perpetua* et n'est donnée qu'à la personne même qui a été injuriée [14], tandis que l'action estimatoire, qui se prescrit par le laps d'un an, nous compète aussi du chef d'injures faites aux personnes qui se trouvent sous notre puissance ou protection [15], même pour des outrages faits à la mémoire d'un défunt auquel nous avons succédé [16]. Elles se donnent l'une et l'autre non-seulement contre celui qui a fait l'injure, mais encore contre celui qui méchamment l'a fait infliger [17]. — L'action d'injures est pénale et tend à obtenir le payement d'une peine dont le montant est déterminé par le juge dans l'action civile, tandis que, dans l'action prétorienne, le demandeur est admis à l'évaluer lui-même, sauf au juge à modérer une estimation exagérée [18]. L'action est de l'espèce de celles qu'on appelle *meram vindictam spirantes;* c'est pourquoi elle n'est pas susceptible d'être cédée et ne passe aux héritiers ni du demandeur, ni du défendeur [19]. — Il va sans dire que la personne injuriée peut renoncer à l'action soit expressément, soit tacitement, par exemple, en se réconciliant avec son adversaire [20]. Nous trouvons même cette singularité que l'action d'injure s'éteint par suite de dissimulation, c'est-à-dire si, au moment de l'injure reçue, la personne injuriée n'en a témoigné aucun ressentiment [21].

[13] § 10, I., *h. t.* « In summa sciendum est, de omni iniuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter... » — § 7. 8, I., *eodem.* « ... Quam autem Prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in iudiciis frequentatur... 8. Sed et lex Cornelia... iniuriarum actionem introduxit, quæ competit..... »

[14] Fr. 5, pr., D., *h. t.* « Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod *se* pulsatum verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem : quod quis pulsatus, verberatusve, domusve eius vi introita sit. Apparet igitur, omnem iniuriam, quæ manu fiat, lege Cornelia contineri. »

[15] Gaius, III, 221. — Paul, V, 4, 5. — § 2-6, I., *h. t.* — Fr. 1, § 3. Fr. 11, § 7. 8. Fr. 15, § 24. Fr. 17, § 10-16. Fr. 18, § 4. 5. Fr. 30. 31. 41, D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem.* — Le fils de famille injurié peut agir lui-même, si le père est empêché de le faire; mais le préteur ne lui accorde l'action que *causa cognita.* Fr. 17, § 10 sqq. D., *h. t.* Cf. ci-après, t. III, § 530.

[16] Fr. 1, § 4, D., *h. t.* « Et si forte cadaveri defuncto fit iniuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, iniuriarum nostro nomine habemus actionem; spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat iniuria. Idemque est, et si fama eius, cui heredes exstitimus, lacessatur. » *Voy.* encore le § 6 du même fragment et Fr. 27, D., *eodem.*

[17] § 11, I., *h. t.* — Fr. 11, pr. § 3-6. Fr. 15, § 8. 10, D., *eodem.*

[18] § 7, I., *h. t.* — Fr. 37, § 1, D., *eodem.* — Cf. Gaius, III, 224 et ci-dessus, § 195, note 10.

[19] (Gaius, IV, 112) § 1, I., *de perpetuis et temp. act.* 4, 12. — Fr. 7, § 1. Fr. 13, pr. Fr. 28, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, § 190, notes 9 sq., et t. I, § 56, note 5.

[20] Fr. 11, § 1. Fr. 17, § 6, D., *hoc titulo.*

[21] § 12, I., *h. t.* « Hæc actio dissimulatione aboletur; et ideo, si quis iniuriam dereliquerit,

Pour donner une notion générale de l'injure, nous avons dit ci-dessus que c'était toute lésion de notre personnalité. Cette définition n'est pas romaine; mais elle est aussi exacte que possible, pourvu que l'on prenne le mot *personnalité* dans un sens assez large. Le terme *iniuria* comprend d'abord et de préférence tout acte qui a pour effet de porter atteinte à notre honneur et à notre réputation [22], soit par des voies de fait [23], soit par la parole et par l'écriture [24], soit même par des actes qui impliquent simplement l'intention de nous injurier [25]. L'action d'injures nous est donnée ensuite pour tout attentat à notre liberté individuelle [26]; elle se trouve même accordée contre celui qui aurait privé une personne de sa raison en lui administrant certains médicaments [27]. Enfin, nous pouvons nous en servir quand quelqu'un, sans en avoir le pouvoir légal, mais aussi sans avoir l'intention de commettre une usurpation, nous empêche d'exercer certains droits qui nous compètent, soit en notre qualité personnelle et individuelle [28], soit en notre qualité de citoyen ou d'homme [29]. — Nous lisons dans plus d'un passage qu'il n'y a pas d'injure sans *animus iniuriandi* [30]. Cette proposition est vraie en thèse générale; elle l'est même d'une manière absolue quand il s'agit d'actes qui auraient pour

hoc est, statim ut passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam iniuriam non poterit recolere. » — Fr. 11, § 1, D., *eodem*.

[22] Cic., *ad Herennium*, IV, 25. — *Coll. leg. Mos.*, II, 5. VII, 3. — Pr. § 1, I., *h. t.* — Fr. 1, D., *eodem*. — Fr. 5, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.

[23] *Voy.* ci-dessus, note 2.

[24] Parmi les injures, la loi des Douze Tables avait déjà signalé et frappé d'une peine capitale les *carmina famosa* (t. I, nº 18), l'édit du préteur distinguait en outre spécialement les *convicia*, c'est-à-dire les injures patentes, proférées publiquement. Festus, v. *Occentassint*. — Fr. 15, § 2-12, D., *h. t.* — Théophile, *ad* § 1, I., *h. t.*

[25] Suivre dans les rues d'une manière injurieuse des femmes honnêtes ou les appeler; attenter à leur pudeur, § 1, I., *h. t.* — Fr. 9, § 4. Fr. 15, § 14. 15, D., *eodem*. — Insulter à un convoi funèbre; revendiquer comme esclave un homme qu'on sait être libre; interpeller comme débiteur quelqu'un qu'on sait ne rien devoir ou le fidéjusseur d'un débiteur qui est prêt à payer; mutiler la statue du père de la personne qu'on veut injurier. Fr. 1, § 6. Fr. 11, § 9. Fr. 15, § 33. Fr. 19. 27, D., *h. t.*

[26] Fr. 11, § 9, D., *hoc titulo*. — *Voy.* encore ci-après, note 29.

[27] Fr. 15, D., *h. t.* « Si... mentem alicuius medicamento aliove quis alienaverit... »

[28] S'introduire dans ma maison malgré moi; m'empêcher de vendre ma chose; m'empêcher de cueillir ou de percevoir la récolte que j'ai achetée; chasser sur mon terrain malgré moi (Fr. 15, § 7. Fr. 23. 24, D., *h. t.* — Fr. 25, D., *emti* 19, 1. — Fr. 21, § 7, D., *de furtis* 47, 2. Cf. Fr. 22, § 3, D., *quod vi aut clam* 43, 24); et en général « si quis re mea uti me non permittat..., iniuriarum conveniri potest. » Fr. 13, § 7, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, t. I, § 89, note 25 et § 121, note 4. — Ulpien, au Fr. 1, § 38, D., *depositi* 16, 3, donne même l'*actio iniuriarum* contre la personne à qui j'ai confié mon testament sous le sceau du secret et qui en donne lecture à un étranger.

[29] « Si quis me prohibeat... in mari piscari aut navigare, vel everriculum ducere, in publicum lavare, in curia publica sedere.. » Fr. 13, § 7, D., *h. t.* — Fr. 2, § 9, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — *Voy.* ci-après, § 284, notes 7. 8.

[30] Le furieux et l'impubère *qui doli capax non est* ne peuvent commettre d'injures; celui qui frappe un homme libre qu'il croit esclave ne peut être poursuivi par l'*actio iniuriarum*. Fr. 3, D., *h. t.* — Fr. 111, D., *de regulis iuris* 50, 17.

effet de porter atteinte à l'honneur du plaignant [31]. Mais, dans beaucoup d'autres cas, l'action d'injures a lieu sans qu'il puisse être question d'une intention semblable [32]. En général, il faut dire que la question de savoir si tel acte constitue ou non une injure doit recevoir des solutions bien différentes suivant les époques et les mœurs, et qu'il est aussi impossible d'expliquer rationnellement les diverses décisions des jurisconsultes romains, qu'il serait fastidieux de les exposer en détail.

Il nous reste à mentionner quelques divisions des injures que nous trouvons chez les anciens. Nous avons déjà parlé de la division en *iniuriæ quæ re aut verbis fiunt*. Un autre texte distingue si l'injure a été infligée *in corpus*, ou se rapporte *ad dignitatem aut ad infamiam* [33]. Enfin, on mentionne spécialement sous le nom d'*iniuria atrox* celle qui, à cause d'une circonstance aggravante, mérite une punition plus sévère [34]. Toutes ces divisions, à l'exception de la dernière, sont sans importance pratique.

Observation. L'action d'injures peut concourir avec diverses autres actions [35]. Le droit romain contient à ce sujet plusieurs décisions qui n'offrent guère d'intérêt.

SECTION TROISIÈME.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE DIVERSES CAUSES.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT †.

§ 273. *Notions générales.*

Parmi les obligations qui naissent en dehors des contrats et des délits, les Romains distinguent certaines espèces dans lesquelles le lien obligatoire présente quelque analogie avec divers rapports contractuels. Bien que dans ces hypothèses l'obligation qui s'établit entre les parties ait pour cause un fait unilatéral, ils estiment que l'obligation naît comme d'un

[31] Il ne faut pourtant pas perdre de vue que, dans ces hypothèses, l'acte injurieux même implique le plus souvent nécessairement l'*animus iniuriandi;* de sorte que, dans la plupart des cas, le demandeur sera *de fait* déchargé du devoir d'en établir l'existence.

[32] *Voy.* cependant Fr. 44, in f. D., *hoc titulo.*

[33] Voir ci-dessus, note 2, et Fr. 1, § 2, D., *hoc titulo.*

[34] § 9, I, *h. t.* « Atrox iniuria æstimatur, vel ex facto..... vel ex loco..., vel ex persona...; nonnumquam et locus vulneris atrocem iniuriam facit... » — Gaius, III, 225. — Paul, V, 4, 10. — Fr. 7, § 2 sqq. Fr. 8. 9, D., *h. t.*

[35] Avec l'*actio legis Aquiliæ*. Fr. 15, § 46. Fr. 25, D., *h. t.* — Avec l'*actio ad exhibendum*. Fr. 25. D., *emti* 19, 1, etc.

† Tit. I., *de obligationibus quasi ex contractu* 3, 27.

contrat, *quasi ex contractu* [1]. Aussi donnent-ils, à l'effet de poursuivre l'exécution de ces obligations, des actions analogues à celles qui sont attachées aux contrats correspondants. — Ainsi le tuteur, bien qu'il n'ait conclu aucune convention avec le pupille dont il administre les biens, n'en est pas moins tenu du chef de son administration envers le pupille comme le mandataire le serait envers le mandant; et par contre, le pupille peut devenir le débiteur du tuteur du chef de dépenses faites dans son intérêt, comme le mandant peut être obligé envers le mandataire. Aussi les actions qui sont accordées respectivement au pupille et au tuteur présentent la plus grande analogie avec les actions directe et contraire du mandat [2]. — Une autre obligation qui offre des analogies avec des obligations contractuelles est celle qui incombe à l'héritier chargé de la prestation d'un legs en faveur d'une autre personne. Bien qu'il n'ait fait aucun contrat avec le légataire, l'héritier n'en est pas moins, par suite du testament qui lui défère l'hérédité, tenu de cette prestation comme s'il s'y était engagé par stipulation. Aussi le légataire a-t-il de ce chef une *condictio* qu'on appelle communément *actio ex testamento*, comme on donne le nom de *actio ex stipulatu* à la condiction qui sert à poursuivre l'exécution d'un contrat verbal [3]. — Nous voyons encore le batelier et l'aubergiste répondre des effets qui ont été mis sous leur garde, même à leur insu, comme s'ils s'y étaient engagés par une convention formelle [4]. — Les hypothèses dont nous venons de parler trouvant mieux leur place dans d'autres endroits, il ne nous reste à parler ici que de trois autres espèces que les Romains font entrer dans la catégorie des obligations qui naissent comme d'un contrat, savoir : la *negotiorum gestio*, le fait d'avoir reçu ou de détenir une chose sans cause, enfin la communauté.

§ 274. *De la gestion d'affaires et de l'*actio funeraria †.

I. Quelqu'un gère les affaires d'autrui avec l'intention de les gérer pour autrui, mais sans en avoir été chargé. Cette opération qu'on appelle *negotiorum gestio* [1] fait naître entre le gérant et celui pour lequel il gère des rapports obligatoires analogues à ceux qui s'établissent par le man-

[1] Pr. I., *h. t.* — Fr. 5, pr. § 1. 2. 3, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7.

[2] § 2, I., *h. t.* — Titt. D., *de tutelæ et rationibus distrahendis actione* 27, 3; *de contraria tutelæ actione* 37, 4. — *Voy.* ci-après, tome III, §§ 350-352.

[3] § 5, I., *h. t.* — Fr. 3, § 3, D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4. « ... Ratenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem. » — Fr. 19, D., *de reg. iuris* 50, 17. — *Voy.* encore ci-après, tome III, §§422-425.

[4] *Voy.* ci-après, § 279, n° 4.

† § 1, I., *de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur* 2, 27. — Tit. D., *de negotiis gestis* 3, 5. - Tit. C., *eodem* 2, 19.

[1] Il est cependant à remarquer que le terme *negotia gerere* n'a pas toujours la signification technique que nous lui donnons dans ce paragraphe; souvent il signifie tout simplement

dat [2]. Avant d'exposer en détail ces rapports, voyons les conditions requises pour qu'il y ait *negotiorum gestio* : 1° Il faut que le gérant gère les affaires d'un autre, c'est-à-dire qu'il fasse un acte quelconque qui se rapporte directement ou indirectement aux intérêts patrimoniaux d'un autre [3]. Pareil acte peut établir des rapports obligatoires entre le gérant et plusieurs personnes différentes. Ainsi, quand je fais les affaires qu'un mandataire s'était chargé de gérer pour un tiers, il y a *negotiorum gestio* non-seulement entre moi et le mandataire, mais encore entre le tiers mandant et moi ; car le mandant et le mandataire ont l'un et l'autre intérêt à ma gestion [4]. — 2° Il faut que le gérant agisse dans l'intention de gérer pour un autre et de l'obliger éventuellement [5]. Il n'est pas nécessaire que cette intention se rapporte à une personne déterminée. L'erreur sur la personne pour laquelle je crois gérer est également indifférente [6] : mais il n'y aurait point *negotiorum gestio* si, tout en gérant les affaires d'autrui, j'avais cru faire les miennes [7]. Il ne suffit pas de savoir que je gère les affaires d'autrui, il faut encore que j'aie l'intention d'obliger la personne pour laquelle je gère [8]. Une gestion faite avec l'intention

gérer et s'emploie également quand il s'agit d'un *mandat*. Fr. 31, pr. D., *h. t.* – Fr. 67, D., *de procuratoribus* 3, 3 et *passim*.

[2] § 1, I., *h. t.* – Fr. 5, pr. D , *de obligationibus et actionibus* 44, 7.

[3] Fr. 6, § 4, D., *hoc titulo*.

[4] Fr. 3, § 11. Fr. 4. Fr. 21, § 3. Fr. 28. Fr. 46, § 1, D., *h. t.* – Fr. 53, D., *mandati* 17, 1. – L. 14, C., *eodem*.

[5] Fr. 14, § 1. Fr. 29, pr. in f. D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 4, § 7 in f. D., *de religiosis* 11, 7. – L. 11. 13. 15, C., *h. t.* — *Voy.*, pour les détails, les deux quatre suivantes.

[6] Fr. 5, § 1. Fr. 6, § 4. 8-11. Fr. 45, § 2. Fr. 49, D., *h. t.* – Fr. 14, § 1. Fr. 29, pr. D., *communi dividundo* 10, 3.

[7] C'est pourquoi l'*actio negotiorum gestorum* est, dans ce cas, refusée au gérant. Fr. 14, § 1, D., *comm. divid.* 10, 3. « ... Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quæ sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. » – Fr. 29, pr. D., *eodem*. – Fr. 33, D., *de condict. indeb.* 12, 6. – Fr. 14, D., *de doli mali exc.* 44, 4. — Nous avons vu plusieurs applications de cette règle, spécialement en matière d'accession. Celui qui perd sa propriété par une accession qu'il a opérée lui-même, celui qui construit avec ses matériaux sur le terrain d'autrui, le *b. f. possessor* qui a fait des impenses sur la chose revendiquée, n'ont point l'*actio negotiorum gestorum* pour demander des indemnités, parce qu'ils n'ont pas eu l'intention de gérer pour autrui. Mais ils peuvent, s'il y a lieu, obtenir indemnité en opposant au propriétaire revendiquant une *exceptio doli*, ou, ce qui revient au même, en usant du *ius retentionis* (ci-dessus, t. I, § 40 *in fine*; § 99, notes 9. 10; § 102, note 11; § 104, note 13; § 120, notes 13-23). — Notre règle est, au reste, soumise à deux exceptions de nature différente dont il sera parlé dans l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[8] Fr. 14, §, *communi dividundo* 10, 3. « .... Hoc enim casu.... *tantum* retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. » – Fr, 29, pr. D., *eodem*. « .... Negotia eo nomine gerit, ut aliquem sibi obligit. » – Cf. les textes cités à la note 9 — Ajoutons les observations suivantes *A*) La volonté d'obliger un autre peut se rencontrer même dans des hypothèses où nous agissons contraints et forcés. Fr. 3, § 10, D., *h. t.* « Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis aliis, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit. » – L. 18, C., *eodem*. – Cf. ci-dessus, § 186, note 34 et § 192,

de faire une libéralité n'aurait point pour effet de créer d'obligation [9]. — 3° Il faut que le gérant ait agi sans ordre et même à l'insu de celui pour lequel il gère [10]; car le consentement exprès ou tacite de ce dernier imprimerait à l'opération le caractère du mandat [11]. La ratification du maître ne change point la nature des rapports établis par les affaires gérées antérieurement : elle ne donne le caractère de mandat qu'à ce qui se fait après [12]. — Faisons encore observer que l'obligation de la *negotiorum gestio*, s'établissant sans convention, peut naître à la charge de personnes incapables de contracter; par exemple, à charge d'un pupille [13]. Pourtant ces personnes ne sont jamais tenues que jusqu'à concurrence de ce dont elles se trouvent enrichies par suite de la gestion, *in quantum locupletiores* [14].

Comme nous l'avons dit ci-dessus, la gestion d'affaires établit entre les parties des rapports obligatoires qui présentent la plus grande analogie avec ceux du mandat. Il y a pourtant entre ces deux espèces d'obligations quelques différences que l'exposé suivant fera connaître.

A) Le gérant est tenu de continuer, même après la mort du maître, la gestion qu'il a entreprise et de l'achever [15]; il doit en rendre compte [16] et

note 53, D. — *B*) La circonstance que le gérant agit en même temps dans son propre intérêt n'enlève point à l'opération le caractère de *negotiorum gestio* (Fr. 6, § 3. Fr. 31, § 7. Fr. 40, D., *h. t.* – Fr. 6, § 2. 7. Fr. 19, § 2, D., *communi dividundo* 10, 3. Cf. ci-dessus, § 186, note 34; § 192, note 53, D, et ci-après, § 278, notes 35-36; t. III, § 405, c); mais elle peut influer sur la responsabilité des parties. Ci-après, notes 21 et 25, B.

[9] Fr. 4, D., *h. t.* – Cf. Fr. 27 § 1. Fr, 34. 44, D., et L. 11. 12. 13, 15, C., *eodem.*

[10] Mais la gestion entreprise malgré la défense de celui pour qui elle se fait n'engendre point d'obligation à sa charge. Fr. 8, § 3, D., *h. t.* – Fr. 6, § 2. Fr. 40, D., *mandati* 17, 1. – L. 24, C., *h. t.*

[11] Fr. 3, § 5. Fr. 20. 41, D., *h. t.* – Fr. 16, D., *de Sc. Macedon.* 14, 6. – Fr. 6, § 2. Fr. 18. 53, D., *mandati* 17, 1. – L. 6, C., *eodem* 4, 35. — Lors cependant que le mandat donné se trouverait dépourvu d'efficacité *civile*, le gérant pourrait se servir de l'*actio negotiorum gestorum*. Fr. 19, § 2, D., *h. t.* – Fr. 7, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. Cf. Fr. 14. 15, D., *de religiosis* 11, 7.

[12] Fr. 6, § 9. 10. Fr. 9, D., *h. t.* – Fr. 50, pr. D., *mandati* 17, 1. – L. 9, C., *h t.* – L. 3, C., *de contr. vel committ stip* 8, 38. — Le Fr. 60, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione », semble dire, à la vérité, que la ratification imprime, même aux actes antérieurs, le caractère du mandat. Mais comme ce texte est contraire aux principes et aux décisions mentionnées ci-dessus, il faut l'interpréter rigoureusement en ce sens que le maître, à la vérité, ne pourra se soustraire à l'*actio mandati*, mais que, par rapport au gérant, l'opération accomplie conserve le caractère d'une *negotiorum gestio*, ce qui peut être important spécialement par rapport à la prestation de la faute. *Voy.* ci-après, note 19. Dans tous les cas, il va sans dire que le maître qui a ratifié la gestion n'est plus recevable à impugner les actes du gérant et qu'il est tenu, sans restriction, d'indemniser ce dernier. Fr. 9, D., *h. t.* – L. 19, C., *eodem.* – L. 3, C., *de rei vindicatione* 3, 32. Cf. Fr. 16, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1.

[13] Fr. 3. 5. 6, D., *h. t.* – Fr. 46, D., *de obl et act.* 44, 7. — Mais le gérant ne s'oblige qu'autant qu'il en a la capacité. Fr. 3, § 4, D., *h. t.*

[14] Fr. 6, pr. Fr. 37, pr. D., *hoc titulo.*

[15] Fr. 6, § 12. Fr. 19, § 4. Fr. 21, § 2. Fr. 31. § 2. 3. Fr. 38, D., *h. t.*

[16] § 1, I., *hoc titulo.* – Fr. 2, D., *eodem.*

restituer ce qu'il a reçu pour le maître avec les fruits et intérêts[17]. Comme le mandataire, il est tenu de toute faute[18]; mais exceptionnellement, il ne répond que de la faute lourde, s'il s'est chargé de l'affaire pour épargner au maître une perte ou un dommage que ce dernier aurait subi, si personne n'avait eu soin de ses intérêts[19]. D'un autre côté, le gérant répond même du cas fortuit, s'il a fait des opérations hasardeuses que le maître n'avait pas l'habitude de faire[20], ou si, tout en gérant les affaires d'autrui, il a plutôt agi dans son propre intérêt que dans celui du maître[21]. Un texte positif de nos sources décide que plusieurs gérants ne sont pas solidairement responsables de leur gestion[22].

B) Le maître est obligé à l'instar du mandant, pourvu que la gestion ait été entreprise dans un but d'utilité évidente, alors même que le résultat n'aurait pas été obtenu par suite de causes non imputables au gérant[23]. Il est tenu de décharger ce dernier des obligations contractées dans sa gestion et de rembourser avec intérêts les dépenses et frais faits d'une manière convenable et utile[24]. Le gérant ne peut cependant réclamer que jusqu'à concurrence de ce dont le maître a réellement profité, si ce dernier est une personne incapable de s'obliger ou si le gérant avait lui-même un intérêt à la gestion[25].

A l'effet de poursuivre ces obligations respectives, les parties se servent de l'*actio negotiorum gestorum*, qui est *directa* pour le maître, et *contraria* quand elle est intentée par le gérant[26]. Ce dernier peut en

[17] Pour les intérêts, *voy.* Fr. 6, § 12. Fr. 31, § 3. Fr. 38, D., *h. t.* et ci-dessus, § 184, note 4, B.

[18] § 1, I., *de obl. quasi ex contr.* 3, 27. – Fr. 13. Fr. 21, § 3, D., *h. t.* – Fr. 23, D., *de reg. iuris* 50, 17. – L. 20, C., *h. t.* – L. 24, C., *de usuris* 4, 32.

[19] Fr. 3, § 9, D., *hoc titulo.*

[20] Fr. 11, D., *h. t.* « Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes. Sed Proculus interdum, ait, etiam casum præstare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras, veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem. Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet.

[21] Fr. 6, § 3, D., *hoc titulo.*

[22] Fr. 26, D., *h. t.* – Cf. ci-dessus, § 222, note 13.

[23] § 1, I., *h. t.* – Fr. 1. 2. Fr. 6, § 6. Fr. 10, § 1. Fr. 12, § 2. Fr. 19, § 4. Fr. 22. 27. Fr. 31, pr. Fr. 32, pr. Fr. 37, § 1. Fr. 43. 45, pr. D., *h. t.* – L. 3. 18. 22, C., *eodem.* – Fr. 46, § 2, D., *mandati* 17, 1. — Cf. Fr. 3, pr. § 7, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. — La question de savoir s'il y avait réellement UTILITÉ est une question de fait et dont la preuve incombe au *gestor.* Fr. 10, § 1, D., *h. t.* Si l'utilité n'est point établie, le maître est libre de reconnaître ou de rejeter la gestion; mais il sera tenu, s'il y a lieu, de répondre à l'*actio de in rem verso* jusqu'à concurrence du profit qui en est résulté pour lui. Fr. 11. 43, D., *h. t.* – Fr. 3, § 8. Fr. 5, pr. § 2, D., *de in rem verso* 15, 3. *Voy.* ci-dessus, § 223, n° 6.

[24] Fr. 2. 9. Fr. 10, § 1. Fr. 19, § 4. Fr. 22. 25. Fr. 31, § 4. 7. Fr. 37. 43. 45, pr. Fr. 46, D., *h. t.* – L. 2. 10. 11. 18. 24, C., *eodem.* – Fr. 3, § 4, D., *de in rem verso* 15, 3.

[25] A) Ci-dessus, note 11. — B) Fr. 6, § 3, D., *hoc titulo.*

[26] § 1, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27.

outre, le cas échéant, exercer le *ius retentionis* à l'égard des choses qu'il se trouve détenir par suite de sa gestion [27]. Il peut aussi y avoir, selon les circonstances, concours électif entre l'*actio negotiorum gestorum* et d'autres actions fondées sur les faits particuliers qui ont accompagné ou précédé la gestion [28].

La gestion d'affaires peut-elle établir des rapports obligatoires entre le maître et les tiers avec lesquels le gérant a contracté? Nos sources ne s'expliquent guère à cet égard; mais une décision de Papinien et la parfaite analogie qui existe à cet égard entre le mandat et la gestion d'affaires ne laissent aucun doute sur l'affirmative [29].

II. Les lois romaines mentionnent une action particulière créée par le préteur en faveur de celui qui aurait fait les frais d'enterrement d'une personne qu'il n'était pas tenu d'enterrer [30]. Cette action, appelée *funeraria actio,* a lieu alors même que le gérant aurait cru agir pour lui-même ou qu'il aurait agi contre la défense de celui qu'il entendait obliger. Elle est donnée contre les personnes qui étaient tenues de faire enterrer le défunt [31]. Du chef de sa créance le demandeur jouit, sur les biens de la succession, d'un privilége qui prime toutes les autres créances privilégiées [32].

Observation. Nous avons vu ci-dessus, aux notes 5-7, que notre quasi-contrat suppose dans le chef du gérant l'intention de gérer pour un autre et de l'obliger éventuellement. Nos sources contiennent cependant deux exceptions à ce principe. 1° Quand le possesseur d'une chose l'a vendue de bonne foi, le propriétaire a, sans aucun doute, la revendication contre le possesseur actuel; mais, si cette action est devenue impossible (par la

[27] *Voy.* ci-dessus, note 6 et t. I, § 40, notes 9 et suivantes.

[28] Voir la note suivante et l'observation que nous avons faite à propos de la société, ci-dessus, § 226, note 36 et § 227, note 7. — Mais Cf. Fr. 14, § 1. Fr. 19. Fr. 29, pr. D., *communi dividundo* 10, 3.

[29] Fr. 31, pr. D., *h. t.* « Liberto vel amico mandavit, ut pecuniam acciperet mutuam; cuius litteras creditor secutus contraxit, et fideiussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriæ actionis. » Le Fr. 66, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2, que l'on cite aussi à ce propos, ne prouve rien; car il s'y agit évidemment d'un *mandat*, et les mots *qui negotium absentis gessit* n'y ont point la signification technique que nous attachons au terme *negotiorum gestio*. Cf. ci-dessus, note 1. — N'oublions pas que le tiers peut, à défaut de l'*actio negotiorum gestorum,* avoir recours, s'il y a lieu, à l'*actio de in rem verso. Voy.* ci-dessus, § 223, n° 6, et Fr. 82, D., *pro socio* 17, 2.

[30] Fr. 12, § 2, D., *de religiosis et sumtibus funerum* 11, 7. « Prætor ait : QUOD FUNERIS CAUSA SUMTUS FACTUS ERIT, EIUS RECUPERANDI NOMINE IN EUM, AD QUEM EA RES PERTINET, IUDICIUM DABO. »

[31] Ces personnes sont, à défaut d'un légataire spécialement chargé de ce devoir, les héritiers du défunt, le veuf qui gagne la dot concurremment avec les héritiers, le père de famille et subsidiairement même, dans la mesure de ses moyens, le veuf qui ne profite pas de la dot. Fr. 12, § 4. Fr. 14, § 1. Fr. 16-30, D., *de religiosis* 11, 7.

[32] *Voy.* pour ce privilége, ci-après, § 300, et sur l'*actio funeraria* en général. Fr. 12-32. 37. 38. 45, D., *de religiosis* 11, 7. — L. 3, C., *eodem* 3, 44.

perte de la chose ou parce que le possesseur actuel a acquis la propriété de la chose par usucapion, accession, spécification), l'ancien propriétaire obtiendra du possesseur de bonne foi le prix qu'il a touché, au moyen de l'*actio negotiorum gestorum*, bien que certes ce dernier, en vendant la chose, n'ait aucunement entendu agir pour le propriétaire[33]. Cette extension de notre action, évidemment inspirée par le désir tout équitable d'éviter au propriétaire une perte imméritée, serait bien difficile à justifier, si l'économie du droit romain ne fournissait pas d'autre moyen de satisfaire ce désir; mais elle paraît absolument inadmissible quand on considère que le propriétaire dispose d'une action, la *condictio sine causa*[34], qui lui permet d'atteindre le même but de la manière la plus correcte et la plus équitable[35]. — 2° L'héritier putatif qui fait des déboursés auxquels il se croit obligé en qualité d'héritier et qui, par ces déboursés, libère le véritable héritier d'une obligation incombant à l'hérédité[36], peut en obtenir le remboursement au moyen de l'*actio contraria negotiorum gestorum*[37]. Cette extension s'explique et se justifie. D'une part, en effet, l'héritier putatif, dans ces hypothèses, n'agit pas spontanément, mais par suite d'une nécessité juridique; d'autre part, ce n'est pas dans l'intérêt de sa propre individualité qu'il agit, mais dans l'intérêt

[33] Fr. 49, D., *h. t.* « Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est..... ». — L. 3, C., *de rei vind.* 3, 32. « Mater tua, vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem eius amisisti, adversus emtorem quidem nullam habes actionem; adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis ». Cf. ci-dessus, note 12 *in fine*.

[34] Cf. ci-après, § 277, notes 52. 53. Aussi le Fr. 23, D., *de rebus creditis* 12, 1, accorde-t-il cette action dans une espèce analogue à celle du Fr. 49, D., *h. t.*, cité à la note précédente.

[35] On pourrait objecter que les conditions requises et les effets ne sont pas les mêmes dans les deux actions. C'est précisément cette diversité qui démontre le bien fondé de notre critique, même au point de vue pratique. Supposons que le *b. f. possessor*, voulant obliger un ami, ait vendu la chose qu'il croyait sienne, moyennant un prix sensiblement inférieur à la valeur vénale. Dans la *condictio sine causa*, où il n'a aucune responsabilité tant qu'il ignore l'existence de son obligation, il ne sera point tenu au delà de ce dont il se trouve enrichi au moment de la *litis contestatio* (ci-après, § 277, notes 31-40). Mais dans l'action *negotiorum gestorum*, le propriétaire pourra dire que le *b. f. possessor*, en vendant à vil prix, s'est rendu coupable d'une faute, et même d'une faute lourde, et que, par conséquent, il doit réparer les suites préjudiciables de sa gestion. Cette prétention serait conforme à la nature de la *negotiorum gestio* (ci-dessus, notes 18-21); mais elle violerait ouvertement l'équité et même les principes. Aussi est-on d'accord pour reconnaître que le *b. f. possessor* ne peut être tenu au delà de son enrichissement; mais, en procédant ainsi, l'on dénature l'*actio negotiorum gestorum* au point de n'en faire qu'une doublure inutile de la *condictio sine causa*.

[36] Pour l'intelligence de cette phrase, cf. ci-après, t. III, § 409, note 48, c et OBSERVATION.

[37] Fr. 49 in f. D., *h. t.* « .... Sicut ex contrario in me tibi daretur (negotiorum gestorum actio) *si*, cum hereditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, *res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer* ». — Fr. 50, § 1, D., *de heredit. petit.* 5, 3; Fr. 14, § 11. Fr. 32, pr. D., *de religiosis* 11, 7. Cf. Fr. 21, § 1, D., *h. t.*, et ci-dessus, notes 13-14.

d'une personnalité qui (d'après sa croyance erronée) est, à la vérité, venue s'ajouter à la sienne, mais que nous pouvons toujours, mentalement et matériellement, séparer de cette dernière [38]. En d'autres termes, tout en entendant agir pour un élément de sa personnalité complexe, il a, en réalité, agi pour une personnalité étrangère à la sienne [39].

De l'obligation de restituer les choses reçues ou détenues sans cause.

§ 275. *Notions préliminaires.*

En traitant de la division des conventions, nous avons fait observer que les Romains n'admettent pas que quelqu'un puisse vouloir s'imposer une obligation sans y être déterminé par un intérêt qui ordinairement consiste en une prestation promise ou déjà reçue [1]. Ils n'admettent pas davantage qu'un homme sensé se dépouille sans cause d'une chose qui lui appartient. Ce qui l'engage à donner peut être l'intention de faire une libéralité; mais, abstraction faite de ce mobile, il sera toujours déterminé par un intérêt, par une cause, soit que la cause précède ou accompagne la dation, soit qu'elle consiste dans l'espérance de recevoir en échange une autre prestation [2]. — Mais qu'arrivera-t-il si cette cause qui devait précéder ou accompagner la dation n'existe pas, ou si cette espérance d'un équivalent vient à défaillir? Dans ce cas, la dation, en

[38] Qu'on n'objecte point que le *b. f. possessor* qui fait des impenses agit aussi en qualité de propriétaire, qualité qu'il n'a point. Ce serait méconnaître les différences essentielles qui distinguent les deux situations. D'abord, si nous pouvons intellectuellement et matériellement séparer notre personnalité originaire et la qualité d'héritier (témoins pratiques les bénéfices de séparation et de séparation des patrimoines), pareille séparation est impossible en matière de propriété. Ensuite, le *b. f. possessor* qui fait des impenses n'agit point en qualité de propriétaire, ni surtout en vertu d'une obligation inhérente à cette qualité : il fait les impenses parce que cela lui convient à lui individuellement et uniquement pour son bon plaisir. Cette dernière considération ne s'applique pas, à la vérité, d'une manière absolue au cas où le *b. f. possessor* paye une dette hypothécaire pour se soustraire à l'action Servienne; mais encore d'une part n'est-il pas tenu de payer, et d'autre part, a-t-il, dans ce cas, outre le *ius retentionis*, les bénéfices de discussion et de cession. Cf. ci-dessus, t. I, § 166, D, nos 2. 4.

[39] *Veluti hereditario negotio gesto,* comme dit Papinien, Fr. 50, § 1, D., *de heredit. petit.* 5, 3.

[1] *Voy.* ce que nous avons dit ci-dessus, § 207, principalement aux notes 2-8, sur la *causa* qui donne aux *contrats* la force civilement obligatoire.

[2] La même idée est exprimée dans un passage de Pomponius, Fr. 52, D., *de condictione indebiti* 12, 6. « Damus aut ob causam, aut ob rem. Ob causam præteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur : quo non sequente, repetitio competit. » (Faisons observer, à ce propos, que la distinction que Pomponius semble établir entre causa et res, n'a rien d'absolu : le terme causa comprend aussi bien les causes futures que les causes présentes et passées). Elle se retrouve d'une manière moins claire chez Paul, Fr. 65, pr. D., *eodem.* Cf. Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de condictione sine causa* 12, 7. « Constat, id posse condici alicui quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam. »

enrichissant sans cause l'une des parties, a occasionné à l'autre partie un préjudice qui demande à être réparé [3].

Grâce à l'influence des *prudentes*, le droit civil a consacré ce principe d'équité [3] en créant des actions en répétition contre celui qui a reçu la dation sans cause ou pour une cause attendue qui ne se réalise pas [4]. Ces actions, qui se produisent naturellement sous la forme de la *condictio* [5], ne sont, à la vérité, point fondées sur une convention, car les parties, en donnant et en recevant, avaient une tout autre intention que celle de répéter et de restituer plus tard la chose donnée; mais l'obligation qui résulte de l'opération ressemble sous beaucoup de rapports à celle que produit un contrat ayant pour but la restitution d'une chose. C'est ce qui explique la place que ces obligations occupent dans le système romain, *quasi ex contractu* [6].

Nous examinerons dans le paragraphe suivant les actions en répétition de choses données pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, et dans le § 277, celles créées à l'effet de répéter ce qui a été donné sans cause.

Observation. Dans l'exposé qui précède, nous n'avons parlé que de l'hypothèse où le droit de répétition est fondé sur la dation d'une chose. C'est évidemment le point de départ historique de l'institution; mais le principe ne tarda pas à être étendu à d'autres hypothèses [7], et déjà du temps des jurisconsultes classiques, il était appliqué toutes les fois que, par une prestation quelconque, le patrimoine du défendeur avait reçu une augmentation susceptible de restitution [8].

[3] (Fr. 206, D., *de regulis iuris* 50, 17) Fr. 14, D., *de condictione indebiti* 12, 6. « Nam hoc natura æquum est neminem *cum alterius detrimento* fieri *locupletiorem*. » — Fr. 66, D., *eodem*. « Hæc condictio ex bono et æquo introducta... » — Fr. 17, § 4, D., *de institoria actione* 14, 3. — Fr. 6, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3.

[4] Il était nécessaire de créer des actions en répétition; car la dation, faite et acceptée avec l'intention de transférer et d'acquérir la chose donnée, a eu pour effet de faire perdre la propriété au *tradens* et de la transmettre à l'*accipiens;* dès lors plus de revendication dans le chef du premier. Voir ci-dessus, § 201, note 12, et tome I, § 106, c.

[5] Beaucoup de jurisconsultes modernes pensent que c'est dans la cause de l'obligation à poursuivre qu'il faut chercher la raison de l'emploi des *condictiones* dans les divers cas où nous rencontrons ce genre d'actions. Quel que soit le talent avec lequel cette opinion a été défendue, surtout par de Savigny, *Système*, t. V, §§ 218. 219. 220, et *Appendices* XIII. XIV, nous ne pouvons lui reconnaître aucune base sérieuse. De tout temps, la *condictio* a été une forme de procéder d'application générale, abstraction faite de la cause du rapport obligatoire. Dans l'origine, elle servait à poursuivre *toute* demande tendante à *dare pecuniam certam* et plus tard *omnem rem certam*, pour quelque cause que l'argent ou la chose fussent dus. Dans le droit nouveau elle est devenue la forme que revêt forcément *toute* action civile nouvelle quand elle a pour objet l'exécution d'une obligation unilatérale. Cf. ci-dessus, § 194, notes 10-20.

[6] (Gaius, III, 91) § 1, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. — § 6. 7, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27. — Fr. 5, § 3, D., *de obl. et actionibus* 44, 7. — Cf. ci-après, § 277, note 1.

[7] Nous avons constaté la même marche dans les contrats innommés, ci-dessus, § 243, notes 9. 10.

[8] Les exemples de *dation*, dans le sens étroit du mot, c'est-à-dire de dation de choses corpo-

§ 276. *De la* condictio causa data causa non secuta, *et de la* condictio ob turpem vel iniustam causam †.

I. La *condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob causam datorum* suppose qu'une chose a été donnée [1] en vue d'une prestation ou d'une autre cause future qui se trouve en rapport avec la dation. La prestation ou la cause future qui ont été le but ou le motif de la dation doivent être licites [2]. Elles n'ont pas besoin d'être formellement exprimées au moment où la chose est donnée, mais il faut au moins qu'il résulte des circonstances que les parties en aient eu la conscience. Ce qui a été donné sans cause ou but déterminés constitue plutôt une libéralité, et n'est pas sujet à répétition [3]. — Si, en présence des conditions que nous venons d'exposer, la cause en vue de laquelle la dation a eu lieu vient à faire défaut, la chose donnée peut être répétée par la *condictio causa data causa non secuta* ou *ob causam datorum*.

Les causes pour lesquelles pareille dation peut se faire et amener notre

relles, sont trop nombreux pour que nous ayons besoin d'en citer. Nous nous bornerons à mentionner quelques hypothèses intéressantes appartenant à d'autres catégories. *A*) Dare, constituer un *ius in re*. Fr. 12. 65, § 7, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — *B*) Facere, comprenant les prestations les plus diverses, telles que : faire un travail (Fr. 26, § 12, D., *de condict. indebiti* 12, 6); transférer la simple possession (Fr. 15. 19, § 2, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 6. 46, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1); prendre un engagement entraînant l'obligation de faire une prestation (Fr. 7, pr. Fr. 9, § 1, D., *de condict. causa data causa non secuta* 12, 4.– Fr. 31. 47, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 1, pr. § 1. Fr. 3, D., *de condict. sine causa* 12, 7. – Fr. 5, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 46, pr. in f. Fr. 76. 78, § 5, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 5, § 5, D., *de doli mali exceptione* 44, 4.– L. 1, C., *de errore calculi* 2, 5. – L. 3, C., *de condict. indebiti* 4, 5. – L. 4, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6); déléguer son débiteur (Fr. 18, § 1. Fr. 31, § 3, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6); fournir une garantie, donner une reconnaissance, un chirographe, une quittance (Fr. 31, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – L. 3, C., *eodem*. 4, 5. – L. 4, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6. – L. 4, C., *de condict. ex lege* 4, 9. – L. 7. 14, § 2, C., *de non numerata pecunia* 4, 30. – L. 25, C., *de solutionibus* 8, 43. Cf. ci-dessus, § 248, note 4, et ci-après, § 289, note 11); libérer d'une obligation ou renoncer à un droit réel (Fr. 4. 10, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. « 10.... nihil interest utrum ex *numeratione* pecunia ad eum sine causa an *per acceptilationem* pervenerit ». – Fr. 40, § 2, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 31. § 4, D., *de donat.* 39, 5). Signalons encore l'hypothèse du Fr. 14, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4, où il s'agit d'un esclave que son maître nous a donné pour que nous le mettions à la torture à l'effet de lui faire avouer un vol.

† Tit. D., *de condictione causa data, causa non secuta* 12, 4. – Tit. C., *de condictione ob causam datorum* 4, 6.— Tit. D., *de condictione ob turpem vel iniustam causam* 12, 5. – Tit. C., *eodem* 4, 7.

[1] Pour simplifier la rédaction de notre exposé, nous ne parlons que de choses données; mais il est entendu que cette locution embrasse toutes les prestations susceptibles d'augmenter un patrimoine. Cf. ci-dessus, § 275, Observation.

[2] Fr. 1, pr. D., *h. t.* – Fr. 1, § 1, D., *de condictione ob turpem causam* 12, 5. – Fr. 52. Fr. 65, § 4, D., *de condictione indebiti* 12, 6.

[3] Fr. 3, § 7, D., *h. t.* « Constat eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remune-

action sont très-variées. Le plus souvent elle aura été faite dans le but d'obtenir une prestation de la part de celui qui reçoit. Parmi les nombreux exemples de cette catégorie qui sont mentionnés dans nos sources[4], nous remarquons en premier lieu le *ius pœnitendi* dans les contrats innommés qui nous permet de répéter ce que nous avons donné, au cas que la partie adverse n'exécute pas la prestation en vue de laquelle elle a reçu [5]. C'est également par la *condictio causa data causa non secuta* que nous révoquons les donations *sub modo*, ainsi que les legs et les fidéicommis faits *sub modo* [6]. C'est encore cette action qui sert à demander la restitution de ce que nous avons payé à un mandataire ou à un *negotiorum gestor* dont le maître ne ratifie pas la gestion [7], et à répéter ce que nous avons donné en vue d'acquitter une obligation et d'en obtenir libération, si ce but n'est pas atteint pour une raison quelconque [8]. Il en serait de même du cas où nous aurions fait une prestation en exécution d'une transaction que la partie adverse violerait en poursuivant le droit auquel elle avait renoncé par la transaction [9]. Dans d'autres cas, il ne s'agit pas d'une prestation à faire par la partie qui reçoit, mais d'une autre cause future en vue de laquelle nous avons donné. C'est ainsi que nous pouvons répéter la dot que nous avons constituée en vue d'un mariage qui ne se fait pas [10], la donation que nous avons faite à cause de mort si le donataire vient à mourir avant nous [11], le legs que nous avons exécuté en vertu d'un testament par lequel nous étions institué héritier et qui vient à être annulé, etc. [12].

La *condictio causa data causa non secuta* tend à obtenir la restitution de

rari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. » — L. 7, C., *eodem*. — L. 25, C., *de transactionibus* 2, 4. — Cf. Fr. 2, § 7. Fr. 3, D., *de donationibus* 39, 5.

[4] Outre les cas dont nous parlerons ci-après, dans les notes 5-9, on trouve des exemples plus ou moins intéressants aux Fr. 3. 4. 5. 11, D., D., *hoc titulo*. — L. 4. 5. 6. 9, C., *eodem* et *passim*.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 243, notes 3. 22. 23. 39-49.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 256, note 16, et ci-après, t. III, § 417, c.

[7] Fr. 14, D., *h. t.* — Fr. 58, pr. D., *de solutionibus* 46, 3.

[8] Fr. 1, § 1. Fr. 2. 4. 13. 15, D., *h. t.* — Fr. 65, pr. § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 3, § 5, D., *de collatione* 37, 6. — Cf. L. 4, C., *de condict. ex lege* 4, 6 et L. 7, C., *de non numerata pecunia* 4, 30. — *Voy.* aussi ci-après, note 12.

[9] Fr. 1, pr. Fr. 3, pr. D., *h. t.* — Fr. 23, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — *Voy.* ci-après, § 296.

[10] Fr. 6-10, D., *h. t.* — Fr. 5, D., *de condict. sine causa* 12, 7. — Fr. 7, § 3. Fr. 9, pr. Fr. 10, § 4. 5. Fr. 74, D., *de iure dotium* 23, 3. Cf. *Vaticana fragm.* 262. — Fr. 10, D., *de sponsalibus* 23, 1. — Fr. 1, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. — L. 1, C., *h. t.* — L. 15. 16, C., *de donat. ante nuptias* 5, 3. — *Voy.* ci-après, t. III, § 307 *in fine*; § 310 *in fine*.

[11] Fr. 12, D., *h. t.* — Fr. 13, pr. Fr. 18, § 1. 3. Fr. 31, § 3. 4. Fr. 35, § 3, D., *de mortis causa donat.* 39, 6. — *Voy.* ci-après, t. III, § 449, note 34.

[12] Fr. 2, D., *h. t.* — Cf. Fr. 13, D., *eodem*. — Fr. 65, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. Cf. ci-dessus, note 8.

ce qui a été donné, avec fruits s'il y a lieu, et faute de restitution, des dommages et intérêts; sans que cependant le défendeur soit tenu au delà de ce dont il se trouve enrichi au moment de l'action intentée, à moins que sa situation ne soit aggravée par des circonstances particulières [13]. L'action naît par la non-réalisation de la cause pour laquelle la chose a été donnée [14]. En ce qui concerne l'effet de l'action, il faut pourtant distinguer entre le cas où la cause consistait en une prestation à faire par la personne qui a reçu, et celui où la dation a été faite en vue d'une autre cause qui n'implique pas pareille prestation [15]. Dans la dernière hypothèse, le défendeur sera tenu de restituer par cela seul que la cause ne s'est pas réalisée [16]; dans l'autre hypothèse, la nature synallagmatique du lien obligatoire qui existe entre parties agit en faveur du défendeur et lui permet de se soustraire à l'action en répétition, s'il prouve qu'il a fait ce qui dépendait de lui pour exécuter la prestation [17], et à plus forte raison quand c'est par la faute du demandeur que la cause ne s'est pas réalisée [18].

II. Un titre du Digeste traite de ce qui a été donné pour une cause qui renferme quelque chose de honteux, *ob turpem vel iniustam causam* †. Dans cette hypothèse, que la cause ait été réalisée ou non [19], la répéti-

[13] Pour les détails et les preuves, *voy.* ci-après, § 277, notes 32-42. 58. 59.

[14] Fr. 1. 2. Fr. 3, § 2. 3. 5. Fr. 5. 6. 7. 8. 10. 11. 13. 16, D., *h. t.* — Fr. 7, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis, ut solvas quanti mea interest : aut, SI NIHIL INTEREST, condicam tibi ut decem reddas. » — Fr. 10, D., *de sponsalibus* 23, 1. — Fr. 7, § 3. Fr. 9, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 1-9, C., *h. t.* — L. 4. 5. 7, C., *de rerum permutatione* 4, 64.

[15] C'est à l'aide de cette distinction que s'expliquent et se concilient les diverses décisions de nos sources, que l'on représente souvent comme contradictoires. *Voy.* les deux notes suivantes, et ci-dessus, § 243, notes 42-49.

[16] *Voy.* les textes cités à la note 12, et Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 5. Fr. 6. 7. 8. 13. 16, D., *h. t.* — Fr. 7, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 10, D., *de sponsalibus* 23, 1. — Fr. 7, § 3. Fr. 9, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 1, C., *h. t.* « Pecuniam quam te *ob dotem* accepisse... proponis, impediente quocumque modo iuris auctoritate matrimonium... iure condictionis restituere debes... » L'exception consacrée par les L. 15. 16, C., *de donationibus ante nuptias* 5, 3, s'explique par la nature particulière de l'espèce dont il s'y agit. *Voy.* ci-après, t. III, § 307 *in fine*.

[17] L. 10, C., *h. t.* « Pecuniam a te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. » — Fr. 19, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 3, pr. § 3. Fr. 5, § 1, D., *h. t.* — Fr. 5, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — L. 11, C., *h. t.* — L. 1 in f., C., *de rerum permutatione* 4, 64. *Voy.*, pour la *ratio legis* et les développements de la règle exposée dans le texte, ce que nous avons dit ci-dessus, à l'occasion des *contrats innommés*, dans la dernière partie du § 243. Cf. § 258, notes 15-17.

[18] L. 15, C., *de donationibus ante nuptias* 5, 3. *Voy.* aussi ci-dessus, § 258, note 16. — Exceptions apparentes : Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « ... mox repudiavero hereditatem... » — Fr. 13, D., *eodem.* — Fr. 3, § 5, D., *de collatione* 37, 6. — Fr. 65, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. « ... Idem est, si hereditatem adire *nolui* vel non potui... »

† Tit. D., *de condictione ob turpem vel iniustam causam* 12, 4. — Tit. C., *de condictione ob turpem causam* 4, 7. — Le tit. C., *de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa* 4, 9, appartient à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, note 26.

[19] Fr. 1, § 1. 2. Fr. 9, D., *hoc titulo*.

tion a toujours lieu quand il n'y a turpitude que du côté de la partie qui a reçu, *turpiter acceptum* [20]. Mais elle cesse lorsque la cause renferme quelque chose de honteux pour celui qui a donné, *turpiter datum* [21], quand même il y aurait également turpitude de l'autre côté, *turpiter datum et acceptum* [22]. L'action tend à obtenir la restitution intégrale de ce qui a été donné avec les fruits, à moins que l'objet ne soit une somme d'argent, auquel cas la nature stricte de la *condictio certi* s'oppose à ce que la condamnation comprenne des intérêts [23]. — Le même titre du Digeste contient aussi quelques décisions dans lesquelles il s'agit d'une cause illicite non future [24], et c'est surtout dans cette application que s'emploie la locution *ob iniustam causam* ou *ex iniusta causa* [25]. Mais ces hypothèses trouveront plus convenablement leur place dans le paragraphe suivant [26].

§ 277. *Des* condictiones indebiti *et* sine causa.

Ces deux actions servent à répéter ce qui a été donné sans cause. La nécessité d'autoriser pareille répétition s'étant présentée en premier lieu

[20] Fr. 2, pr. § 1, D., *h. t.* « Utputa tibi dedi, ne sacrilegium facias, ne furtum; ne hominem occidas... »—Fr. 4, § 2, D., *eodem.* « ... Si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias. » — Fr. 9, D., *eodem.* « Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, *ut reciperem,* dederim... 1. Si rem locatam tibi, vel venditam a te vel mandatam, *ut redderes,* pecuniam acceperis... Quod si, ut id quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, *redderes mihi,* pecuniam tibi dederim... » — L. 6, C., *eodem.* « Ob *restituenda ea quæ subtraxerat,* accipientem pecuniam... »— L. 7, C., *eodem.* « Eum qui *ad restituenda, quæ abegerat, pecora* pecuniam acceperat... » Cf. Fr. 4, § 4, D., *eodem,* et Fr. 15, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5.

[21] Fr. 4, § 3, D., *h. t.* « Sed quod meretrici datur, repeti non potest... sed nova ratione, non ea quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis : illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix. »

[22] Fr. 2, § 2, D., *h. t.* « Sed si dedi, *ut secundum me in bona causa pronunciaret...* »— Fr. 3, D., *eodem.* « Si pecunia detur, *ut male iudicetur...* » Cf. Fr. 1, § 3, D., *de calumniatoribus* 3, 6, et L. 1, C., *de pœna iudicis qui male iudicavit* 7, 49, et Auth. Novo iure, C., *eodem.* — Fr. 4, pr. § 1, D., *h. t.* « ... Si *ob stuprum datum sit,* vel si quis *in adulterio deprehensus, redemerit se...* 1... Si dederit fur, *ne proderetur...* » — Fr. 8, D., *eodem.* — Fr. 5, D., *de condict. sine causa* 12, 7.—Fr. 3, § 3. Fr. 5, § 1, D., *de calumniatoribus* 3, 6. — Fr. 128, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 2. 5, C., *h. t.*— Que deviennent, dans le cas de turpitude commune, les objets donnés ? Les Fr. 4, § 4 in f. Fr. 5, D., *h. t.,* accordent au *paterfamilias* le droit de répéter ce qui a été donné ou reçu par son esclave; dans d'autres hypothèses, la loi prononce la confiscation. Fr. 32, § 28 in f. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Auth. Novo iure, C., *de pœna iudicis qui male iudicavit* 7, 49. Cf. Fr. 9, D., *de iure fisci* 49, 14.

[23] L. 4, C., *h. t.* Cf. Fr. 9 in f. D., *eodem. Voy.* ci-après, § 277, notes 32-42. 58 59.

[24] Fr. 6. 7, D., *hoc titulo.*

[25] Fr. 6, D., *h. t.* « Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod *ex iniusta causa* apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. » — Fr. 7, D., *eodem.* — Fr. 4, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 25, D., *rerum amotarum* 25, 2. — Fr. 6, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. — L. 3, C., *de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa* 4, 9.

[26] *Voy.* § 277, notes 53-59.

dans l'hypothèse où quelqu'un avait effectué un payement indu, la jurisprudence créa la *condictio indebiti;* mais on ne tarda pas à généraliser le principe d'équité qui sert de base à cette action, sous le nom de *condictio sine causa.* Après l'admission de cette formule générale, la *condictio indebiti* aurait pu disparaître, mais elle se maintint parce que c'était, de toutes les actions en répétition de choses données *ob causam*, celle qui avait été développée avec le plus de soin.

† Par la *condictio indebiti* nous répétons ce que nous avons donné en exécution d'une obligation que nous croyions exister et qui, en réalité, n'existait pas. Celui qui reçoit l'indu est tenu de rendre ce qu'il a reçu comme s'il s'y était obligé par contrat [1]. — La *condictio indebiti* exige le concours des conditions suivantes : 1° Il faut que le défendeur ait reçu [2] une chose ou, en général, une prestation donnée ou faite par nous dans l'intention d'exécuter et, par suite, d'éteindre une obligation [3]. La prestation qui sert de base à la répétition doit donc réunir, sauf l'existence de l'obligation, toutes les conditions d'un payement valable [4] (le mot payement, *solutio*, pris dans le sens le plus général, c'est-à-dire exécution d'une obligation quelconque, soit de donner, soit de faire) [5]. — 2° Il faut

† Tit. D., *de condictione indebiti* 12, 6. — Tit. C., *eodem* 4, 5.

[1] Gaius, III, 91. — § 1, I., *quibus modis re contrahitur obligatio* 3, 14. « Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest : *si paret eum dare oportere,* ac si mutuum accepisset... » — § 6, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27. « Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis, ut supra diximus, ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse; nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum illi daretur et ideo condictione tenetur. » — Fr. 33, D., *h. t.* « ..... Nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit. » Cf. Fr. 2, pr. D., *h. t.* « .... Repetitio locum habebit : negotium enim contractum est inter eos. » — Fr. 14. 15, D., *h. t.* – Fr. 5, § 5, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Il faut, au reste, se garder de conclure de l'analogie que ces textes signalent, à une identité parfaite de notre obligation avec celle qui naît du *mutuum. Voy.* ci-après, notes 32 sqq.

[2] Fr. 33, D., *hoc titulo.*

[3] Celui qui donne une chose, non pas comme payement d'une dette, mais pour une autre cause, par exemple, à titre de récompense, pour rendre service, etc., ne peut la répéter comme *indebite soluta.* Fr. 65, § 2, D., *h. t.* et ci-après, note 43.

[4] *Voy.* ci-après, § 288. Une application de cette observation se trouve au § 1, *verb.* Unde pupillus I., *quibus modis re contr. obl.* 3, 14. Le pupille, incapable d'aliéner, ne peut recevoir un payement; qu'arrivera-t-il donc si j'ai payé un indu à un pupille? Je ne pourrai me servir de la *condictio indebiti*, puisqu'il n'y a pas eu de payement valable; mais je pourrai intenter la *condictio sine causa* contre le pupille *in quantum locupletior factus est.* Fr. 66, in f.. D., *de solutionibus* 46, 3. Par des raisons analogues, on devra refuser la *condictio indebiti* au pupille qui, à titre de payement, a *donné* une chose indue, puisqu'il ne peut payer, c'est-à-dire aliéner (Cf. ci-dessus, § 233, note 7, et ci-après, § 288, notes 5. 11. 15), sauf à lui accorder d'autres actions; aussi la condiction dont parle le Fr. 29, D., *h. t.*, est-elle une *condictio sine causa. Voy.* ci-après les notes 34 et suivantes.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 376, Observation et les textes qui y sont cités, parmi lesquels se rapportent

que nous ayons donné sans devoir. Un payement peut être indu : *a*) parce que l'obligation qu'il était destiné à éteindre n'existait point [6] ou qu'elle était nulle soit *ipso iure*, soit *per exceptionem* [7] ; *b*) parce que celui qui a reçu n'était pas créancier, ou que celui qui a payé n'était pas débiteur de la dette [8] ; enfin *c*) parce que nous avons payé autre chose ou plus que

spécialement à la *condictio indebiti* : Fr. 12. 15, § 1. Fr. 19, § 2. Fr. 26, § 12. Fr. 31. 40, § 2. Fr. 47. 65, § 7, D., *h. t.* – Fr. 9, § 1. Fr. 10. 47, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 46, pr. in f. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 31, § 4, D., *de m. c. donationibus* 39, 6. – Fr. 5, § 5, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. – L. un. C., *de errore calculi* 2, 5. — Dans les cas où nous avons indûment pris un engagement, il va de soi que, si le créancier agit en exécution, avant que nous ayons répété notre engagement, nous pouvons repousser sa demande par une *exceptio doli*. Fr. 7, pr. Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 5, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 1, pr. in f. D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. – Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. – L. 3, C., *h. t.* L. 6, C., *de iuris et facti ignorantia* 1, 18.

[6] Soit que la dette n'ait jamais existé et ne doive jamais prendre naissance. Fr. 26, § 3, D., *h. t.* « ... Si omnino non debeatur.... » Exemples : je paye le prix de vente d'une chose qui n'existe pas ou le prix de ma propre chose (Fr. 37, D., *h. t.* Fr. 16, D., *de contr. emt.* 18, 1. Fr. 7, D., *de hered. vendita* 18, 4) ; un débiteur solidaire ou un fidéjusseur paye une somme d'argent qui a déjà été payée par le codébiteur solidaire ou par le débiteur principal (Fr. 19, § 4. Fr. 20. 21. 25, 67, § 2, D., *h. t.*) ; le débiteur d'une dette alternative paye les deux choses *qui sunt in obligatione;* ci-dessus, § 191, note 11. — Soit que la dette n'existe pas encore, par exemple, une dette conditionnelle (*voy.* Fr. 16-18. 48. 56. 60, § 1, D., *h. t.* et ci-dessus, § 205, notes 18. 19. 46. 47, où nous avons fait observer qu'il n'en est pas de même d'une dette à terme). — Soit enfin parce quel au moment du payement, la dette avait cessé d'exister par une raison quelconque. Cf. la note suivante et ci-après, § 287.

[7] *Vaticana fragm.* 266. « Indebitum solutum accipimus, non solum si omnino non debeaturi sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem : quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse... » (Ce passage d'Ulpien est reproduit avec quelques modifications au Fr. 26, § 3, D., *h. t.* « Indebitum autem solutum accipimus... sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat : quare hoc quoque repeti potuit, nisi sciens se tutum exceptione solverit. ») – Fr. 2, § 1. Fr. 26, § 7. Fr. 40. 41. 43. 54. 60, D., *h. t.* — Il ne faut pas perdre de vue que l'obligation naturelle est une obligation valable et que certaines *exceptiones perpetuæ*, tout en anéantissant ou amoindrissant l'action à laquelle elles sont opposées, laissent subsister une obligation naturelle. Quelles sont ces exceptions? Trois fragments du Digeste (Fr. 19, pr. Fr. 40, pr. D., *h. t.* et Fr. 9, § 4, D., *de Senatusconsulto Macedoniano* 14, 6) tracent, à cet égard, une règle qui, malgré son faux air de profondeur, est fort sujette à critique. *Voy.* ce que nous dirons ci-après, note 43 et au Titre de l'*Extinction des Obligations*, § 287, note 8.

[8] Fr. 65, § 9, D., *h. t.* « Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. » — Fr. 6, § 1. 2. Fr. 19, § 1. Fr. 22, D., *eodem.* – Fr. 12. 13, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 66, D , *de solutionibus* 46, 3. – L. 2. 8, C., *h. t.* — Cf. Fr. 8. 44, D., *h. t.* – Fr. 31, pr. D., *de heredit. petitione* 5, 3. – Fr. 5, § 5, D., *de doli exc.* 44, 4. — Le Fr. 44, D., *h. t.* « Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio quam vero debitore, solutum est » doit être entendu du cas où une dette réellement existante a été payée par une personne qui ne devait point, mais se croyait à tort obligée de payer pour le débiteur. Comme, dans ce cas, il y a *debitum* et extinction de la dette par un payement valable, la personne qui a payé n'a de recours que contre le débiteur qu'elle a libéré en faisant le payement. Fr. 9, § 1, D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 12. 13, D., *de novationibus* 46, 2. – L. 5, C., *de hereditatis petitione* 3, 31. Cf. ci-apres, t. III, § 411, n° 3.

nous ne devions [9]. — 3° Il faut que nous ayons payé par erreur, c'est-à-dire qu'en donnant l'indu nous ayons cru exécuter une obligation qui nous incombait [10]. Celui qui a payé une chose qu'il savait n'être pas due est censé avoir voulu faire un acte de libéralité et ne peut répéter [11]. C'est une question controversée que celle de savoir si toute erreur donne lieu à la *condictio indebiti*. Plusieurs constitutions impériales refusent d'une manière absolue la répétition de ce qui a été payé par suite d'une erreur de droit [12], et dans quelques autres constitutions, l'erreur de fait paraît être une condition toujours sous-entendue de notre action [13]. Par contre, un fragment d'Ulpien admet la condiction pour cause d'erreur de droit, et de nombreux passages l'autorisent dans des espèces où rien n'indique qu'il s'agisse exclusivement d'erreur de fait [14]. En présence de ces contradictions, des interprètes ont cru devoir recourir à la distinction, dont nous avons parlé dans un autre endroit [15], en erreur excusable et erreur inexcusable, accordant la condiction dans la première hypothèse et la refusant dans la seconde. Cette manière de voir trouve quelque appui dans deux fragments du Digeste [16]; cependant, il n'est pas à méconnaître que nos sources admettent la répétition dans des cas où

[9] *A*) Fr. 19, § 3. Fr. 26, § 4. 5. 6. Fr. 32, § 3, D., *h. t.* — L. 10, C., *eodem.* — Cf. Fr. 19, D., *de legatis II* (31). — *B*) Fr. 19, § 4. Fr. 20. 26, § 4. 5. 6. Fr. 32, pr. § 3, D., *h. t.* — * Fr. 22, § 1, D., *eodem.* « Cum iter excipere deberem, fundum *liberum* per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur. » — * Fr. 3, D., *de cond. sine causa* 12, 7. — Fr. 10, § 1, D., *de compensationibus* 16, 2. Cf. Fr. 30, D., *h. t.*—Fr. 19, § 6, D., *locati* 19, 2. Fr. 66. § 4, D., *soluto matrimonio* 24, 3.

[10] Fr. 1, § 1. Fr. 24. 26, § 3. 8. Fr. 37. 50, § 62, D., *h. t.* – L. 1. 9, pr. C., *eodem.* — D'après une constitution de Justinien, L. 11, C., *h. t.*, le doute équivaut à l'erreur, pourvu que la convention ou la prestation n'ait pas eu lieu *transigendi causa.*

[11] Fr. 53, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati repetitio est. » – Fr. 82, D., *eodem.* « Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. » – Fr. 47, D., *de operis libertorum* 38, 1. – Fr. 29, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 7, § 2, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 12, D., *de novationibus* 46, 2.

[12] Paul, Fr. 9, § 5, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6, mentionne dans ce sens une *epistola Divi Pii* et un rescrit de Sévère et Caracalla. — Gordien, L. 9, C., *ad legem Falcidiam* 6, 50. – L. 10, C., *de i. et f. ignor.* 1, 18. « Cum quis, ius ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. 306 ». — Cf. Diocl. et Max. L. 2, C., *si adversus solutionem* 2, 33.

[13] *Voy.*, outre les textes cités à la note précédente, L. 6. 7, C., *de iuris et facti ignorantia* 1, 18. – L. 6. 7, C., *h. t.* – Cf. Fr. 20, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6.

[14] *A*) Ulpien, Fr. 1, pr. D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. — *B*) Fr. 16, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 20, pr. D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 2, § 1. Fr. 32, § 2. Fr. 38, § 1. Fr. 64, D., *h. t.* – Fr. 31, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 16, § 14, D., *de publicanis* 39, 4. – Fr. 17, § 10, D., *ad municipalem* 50, 1. – L. 5, C., *h. t.* — Cf. Fr. 32, § 2, D., *h. t.* – Fr. 79, D., *de legatis II* (31). – Fr. 37, D., *de auro argento legatis* 34, 2.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 201, notes 21-29.

[16] Fr. 9, § 5, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6. « .... Sciant ignorantiam facti, non iuris, prodesse; nec *stultis* succurri, sed errantibus. » – Fr. 25, pr. D., *de probationibus* 22, 3. « ... Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationem, quod per dolum accipientis, vel aliquam *iustam* ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum et, nisi hoc ostenderit, nullam enim

l'erreur peut n'être aucunement excusable [17], et ne paraissent la refuser d'une manière absolue que quand nous avons payé en connaissance de cause, *scientes* [18]. Il est difficile de concilier ces décisions diverses, et impossible d'en tirer les éléments d'une solution rationnelle [19]. Dans certains cas exceptionnels, on peut répéter ce qu'on a payé en connaissance de cause, savoir lorsqu'il s'agit d'intérêts usuraires, de dettes de jeu, de transaction sur aliments, d'une donation non insinuée qui excède la valeur de cinq cents écus d'or, ou d'une donation entre époux [20].

Quand les conditions que nous venons d'exposer se trouvent réunies, la *condictio indebiti* peut être intentée par celui qui a fait le payement indu, en qualité de débiteur direct (soit unique, soit solidaire) ou de caution, ainsi qu'à ses héritiers [21]. Elle compète également au principal pour lequel un représentant (tuteur, mandataire ou *negotiorum gestor*) a fait un payement indu [22], ainsi qu'à l'héritier véritable en répétition de ce qu'un héritier putatif aurait indûment payé pour le compte de l'hérédité [23]. — Le demandeur doit prouver le payement et l'indu, ainsi que l'erreur [24]. Toutefois la preuve de ce dernier point sera de fait inutile dans la plupart des cas, par la raison qu'elle se trouvera implicitement fournie par la preuve de l'indu [25]. Le demandeur est même dispensé de la preuve de l'indu, si le défendeur nie faussement le payement [26]. Le même privilége

repetitionem habere. » — Il est vrai que les deux passages ne sont pas rigoureusement concluants pour notre question et que le dernier (qui est d'ailleurs incorrect en ce qu'il exige *dolum accipientis*) se rapporte plutôt à l'ordre d'idées dont nous avons traité ci-dessus, § 201, note 18.

[17] Paul, V, 5*a*, 11. Cf. L. un. C., *de errore calculi* 2, 5. — Fr. 2, pr. Fr. 26, § 4. 5. 6. Fr. 32, § 2. 3. Fr. 40, § 1. 2. Fr. 45. 46. 48, D., *h. t.* — Fr. 5, § 2, D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1. — Cf. Fr. 3, § 1, D., *si cui plus* 35, 3.

[18] Fr. 1. 24. 26, § 2. 3. 8. Fr. 62, D., *h. t.* — Fr. 1, pr. D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. — Fr. 20, § 2, D., *de donationibus* 39, 5. Cf. ci-dessus, note 11.

[19] Cf. l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[20] *A*) Fr. 26, pr. § 1, D., *h. t.* — L. 18, C., *de usuris* 4, 32. — *B*) L. 3, C., *de aleatoribus* 3, 34. — *C*) Fr. 23, § 2, D., *h. t.* — *D*) L. 34, C., *de donationibus* 8, 54. — *E*) Fr. 6, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Il est vrai que, dans ces cas, l'action mérite plutôt le nom de *condictio sine causa*. Ci-après, notes 49. 50.

[21] *A*) Fr. 19 in f. Fr. 20. 25. 38, § 3. Fr. 47, D., *h. t.* Cf. Fr. 21, D., *eodem.* — *B*) Fr. 12, D., *eodem.* « .... Condictio eius ad heredem quoque meum transit. »

[22] Fr. 6, pr. § 3. Fr. 57, pr. 61, D., *hoc titulo.* — L. 6, C., *eodem.*

[23] Fr. 2, § 1. Fr. 3. 4. 5, D., *h. t.* — Cf. ci-après, t. III, §§ 409 et 411 *in fine.*

[24] Cette règle résulte des principes généraux, puisque l'indu et l'erreur sont deux conditions essentielles de l'action. Elle se trouve d'ailleurs exprimée dans plusieurs textes, notamment dans le Fr. 25, D., *de probationibus* 22, 3. *Voy.* la note 26.

[25] Cf. ce que nous avons dit sur la preuve de la faute, ci-dessus, § 173, notes 26-29. L'erreur est dans l'ordre intellectuel ce que la faute est dans l'ordre moral.

[26] Fr. 25, pr. D., *de probationibus* 22, 3. « Cum de indebito quæritur, quis probare debet non fuisse debitum? Res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam acceperit. Etenim absurdum est, eum qui ab

est accordé d'une manière générale aux mineurs, aux femmes, aux agriculteurs et aux soldats [27]. Pour le cas où il s'agit de la répétition d'une reconnaissance écrite ou d'une promesse, les lois distinguent entre *cautiones discretæ*, dans lesquelles la cause de la dette est indiquée, et *cautiones indiscretæ*, qui ne contiennent point pareille indication. A l'égard des premières, le demandeur qui réclame la restitution de son écrit doit prouver l'indu, tandis qu'il est dispensé de ce devoir quand il demande la restitution d'une *cautio indiscreta* [28]. — L'action est donnée contre celui qui a reçu l'indu, alors même qu'il aurait agi de la meilleure foi du monde [29] : car l'obligation est contractée RE, c'est-à-dire par cela seul que la partie adverse a reçu une chose qui n'était pas due [30]. Nous pouvons l'intenter également contre le principal dont le mandataire a reçu l'indu ou qui a ratifié le payement que nous avons fait à un *negotiorum gestor* [31]. — Le but de la *condictio indebiti* est d'obtenir la restitution de ce qui a été indûment donné en tant que le défendeur s'en trouve enrichi au moment de l'action intentée [32]. La responsabilité du défendeur se détermine d'après les règles générales sur la prestation du dol, du cas fortuit et de la faute (demeure comprise) [33], avec les nuances qui découlent du principe fondamental de notre obligation et de la nature de l'objet réclamé [34]. Ainsi, l'action en restitution d'une somme d'argent, étant essentiellement *stricti iuris*, ne comporte pas le payement d'intérêts, et il

initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, præsumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat... » — *Voy.* aussi Fr. 25, § 2. 4, D., *eodem*, et L. 13, C., *de non numerata pecunia* 4, 30.

[27] Fr. 25, § 1, D., *de probationibus* 22, 3. Cf. § 2, *eodem*.

[28] Fr. 25, § 4, D., *eodem*. – Cf. L. 13, C., *de non numerata pecunia* 4, 30.

[29] Fr. 37, D., *h. t.* « Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum et eo nomine condictionem mihi esse, omnimodo puto : *sive scisses meum esse, sive ignorasses* » et *passim*. Celui qui reçoit sciemment un indu peut être exposé aux actions de vol et *ad exhibendum*. Fr. 14. 15, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 18, D., *de condict. furtiva* 13, 1. – Fr. 38, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. Fr. 43, pr. Fr. 80, § 5. 6, D., *de furtis* 47, 2.

[30] § 6, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27.–Fr. 19, § 1. Fr. 33, D., *h. t.*–Fr. 49, D., *eodem*. « His SOLIS pecunia condicitur quibus quoquo modo SOLUTA est, non quibus proficit ». Mais cf. la note suivante. – Fr. 5, § 3, D., *de obl. et act.* 44. 7.

[31] Fr. 6, § 9, *verbis* Et sicut D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 14, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 6, § 1. 2. Fr. 57, § 1, D., *h. t.* – Fr. 34, pr. D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. Fr. 66, D., *eodem*. – Fr. 80, § 5, D., *de furtis* 47, 2. — Pour le payement indu fait au possesseur d'une hérédité, *voy.* ci-après, t. III, §§ 409. 411.

[32] Ci-dessus, § 276, note 3, et Fr. 7, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. « Quod autem spectetur tempus an locupletiores sint facti : utrum tempus litis contestatæ, an rei iudicatæ? Et verum est, litis contestatæ tempus spectari oportere.... »

[33] Fr. 5, § 2. 3. 4, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 5, § 8, D., *h. t.* Cf. Fr. 39, D., *de m. c. donationibus* 39, 6. – Fr. 38, § 1, D., *de usuris* 22, 1.

[34] La nature particulière de l'objet réclamé influe sur l'effet de l'action, en ce que la répétition d'une somme d'argent constitue un *strictum iudicium*. *Voy.* la note suivante.—Les autres nuances dont nous avons parlé proviennent de ce que, d'une part, l'obligation ne s'étend pas au delà de ce

en faut dire autant de la répétition de denrées alimentaires qui ont été consommées et dont le demandeur réclame l'estimation pécuniaire [35]. En dehors de ces deux hypothèses, la perte fortuite de la chose donnée a pour effet de libérer le débiteur, à moins qu'il ne se trouve encore enrichi en suite de la possession qu'il en a eue [36]. Si la chose existe encore, le défendeur doit la restituer avec les accessions et les fruits qu'elle a produits depuis la dation et qui existent encore [37]. S'il a aliéné ou consommé la chose de bonne foi [38], il répond naturellement de son fait, mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi [39]. Par contre il a le droit de déduire les impenses qu'il a faites de bonne foi [40]. Si la prestation indûment faite n'est pas de nature à être matériellement restituée, le demandeur obtiendra, suivant les circonstances, le payement de l'estimation pécuniaire [41], ou bien la libération de l'engagement indûment pris, et le rétablissement du droit auquel il avait indûment renoncé, etc. [42]. —

lont le débiteur se trouve enrichi, et que, d'autre part, il ne peut être question de faute dans son chef, tant qu'il ignore l'existence actuelle ou éventuelle de son obligation. Fr. 65, § 8, D., *h. t.* — Fr. 39, D., *de m. c. donat.* 39, 6. « .... tenetur condictione.... quoniam scit *posse* sibi condici. »

[35] *A*) Caracalla, L. 1, C., *h. t.* « Pecuniæ indebitæ per errorem, non ex causa iudicati solutæ, esse repetitionem iure condictionis, nom ambigitur..... Usuras autem eius summæ præstari tibi frustra desideras : actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur quæ indebita soluta est. » — L. 4, C., *de condict. ob turpem causam* 4, 7. — Cf. Fr. 9, D., *eodem* 12, 5. — *B*) Fr. 65, § 6, D., *h. t.* « In frumento indebito soluto et bonitas est : et, si consumsit frumentum, *pretium* repetitur. » — Fr. 7, D., *eodem* (Fr. 25 in f. D., *de præscr. verbis* 19, 5). « Quod indebitum per errorem solvisti, aut ipsum aut tantumdem repetitur. » — Cf. ci-après, note 38.

[36] Fr. 5, § 2. 3, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 32, pr. D., *h. t.* — Fr. 65, § 8, D., *eodem.* « .... Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius; si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas, » combiné avec Fr. 39, D., *de m. c. donat.* 39, 6. — Fr. 5, § 18, D. *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

[37] Fr. 7, § 1. Fr. 12, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 15, pr. Fr. 26, § 12, *verbis* Ut puta. Fr. 65, § 5, D., *h. t.* — Fr. 38, § 1. 2, D., *de usuris* 22, 1.

[38] Il importe de faire observer que nous ne parlons point ici de la répétition de choses fongibles et consomptibles, telles que l'argent monnayé et les denrées alimentaires. Car, par rapport à ces choses, la consommation est considérée comme procurant un enrichissement, par la raison qu'elle nous a dispensé de consommer notre argent ou de le dépenser pour nous procurer les denrées consommées. Fr. 29. 65, § 5, D., *h. t.* — Fr. 30, pr. in f. D., *emti* 19, 1. — Fr. 31, § 10. Fr. 50, § 1. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Cf. ci-dessus, note 35.

[39] Fr. 23, D., *de rebus creditis* 12. 1 *. — Fr. 5, pr. in f. D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 3 in f *. Fr. 26, § 12, *verbis* Sed hæ *. Fr. 32, pr. Fr. 65, § 6. 7. 8 *, D., *h. t.* — Fr. 30, pr. in f. D., *emti* 19, 1. — Fr. 5, § 18. Fr. 6. 7, pr. Fr. 33, § 1. Fr. 39, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 18, § 1. 3. Fr. 19 *. 31, § 3. 4. Fr. 37, § 1 *. Fr. 39, D., *de m. c. donationibus* 39, 6. Les passages marqués d'un astérisque traitent de cas d'aliénation.

[40] Fr. 5, pr. D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 26, § 12, *verbis* Sed hæ. Fr. 65, § 5, D., *h. t.*

[41] Fr. 26, § 12. Fr. 40, § 2. Fr. 65, § 6. 7. 8, D., *h. t.* — L. 3. 6, pr. C., *de bonis libertorum* 6, 3.

[42] *A*) Fr. 9, § 1 in f. D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 31. 39, D., *h. t.* — Fr. 3, D., *de cond. sine causa* 12, 7. — Fr. 5, § 1, D., *emti* 19, 1. — Fr. 46, pr. in f. Fr. 76, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 1, pr. D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. — Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. — L. un. C., *de errore calculi* 2, 5. — L. 3, C., *h. t.* 4, 5. — L. 4, C., *de cond. ob*

Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que la *condictio indebiti* n'est pas donnée pour répéter ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle, par la raison que dans ce cas il y a une dette [43]. Des dispositions positives exceptent encore de la *condictio indebiti* certaines espèces dans lesquelles il y a, sinon obligation naturelle, au moins un devoir moral [44]. En outre la loi refuse la répétition de ce qui a été payé en exécution d'une transaction [45] ou d'un jugement [46].

† La *condictio sine causa*, comme nous l'avons fait observer, est la généralisation du principe qui sert de base à la *condictio indebiti*. Elle trouve son application toutes les fois que nous avons fait une prestation

causam datorum 4, 6. — *B*) — Fr. 4. 10, D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 22, § 1, D., *h. t.* « Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur. » — Fr. 5, § 6, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Dans les deux hypothèses, le demandeur obtient aussi, le cas échéant, restitution de la reconnaissance écrite ou de la quittance qu'il a pu donner. Cf. ci-après, note 49 *in fine*.

[43] Fr. 3, § 7, D., *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* 2, 2. — Fr. 13, pr. Fr. 19, pr. Fr. 26, § 12 *. Fr. 38, § 1. 2. Fr. 40, pr. Fr. 51 *. 59. 64, D., *h. t.* — Fr. 5, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3. — Les passages marqués d'un astérisque se rapportent à l'observation faite, ci-dessus, note 7, savoir que certaines exceptions perpétuelles, tout en anéantissant ou amoindrissant définitivement l'action à laquelle elles peuvent être opposées, laissent pourtant subsister une obligation naturelle. Exemples : l'exception tendant à ce que le défendeur ne soit condamné que *in quantum facere potest* (Fr. 9, D., *h. t.*), l'*exceptio Sc. Macedoniani* (Fr. 40, pr. D., *hoc titulo;* Fr. 9, § 4. 5. Fr. 10, D., *de Sc. Maced.* 14, 6), l'*exceptio divisionis* (Fr. 49, § 1, D., *de fideiussoribus* 46, 1, et ci-dessus, § 262, note 26). Il n'en est pas de même des intérêts usuraires, de l'intercession des femmes frappée par le sénatus-consulte Velléien et des dettes de jeu. Dans ces cas, en effet, l'obligation est annihilée de telle sorte qu'il n'en reste même pas d'élément naturel. *Voy.* ci-dessus, note 20, et § 184, note 12 ; § 265, note 7; § 266, note 4, et ci-après, § 287 *in fine*.

[44] Ne peuvent répéter : le père qui, par erreur, paye les dettes de son fils au delà du chiffre du pécule (Fr. 11, D., *h. t.*); la mère qui, par erreur, a constitué une dot en faveur de sa fille (Fr. 32, § 2, D., *eodem*); la mère ou le beau-père qui a fourni des aliments à ses enfants ou beaux-enfants (Fr. 5, § 14, D., *de adgnosc. liberis* 25, 3; L. 11. 15, C., *de negotiis gestis* 2, 19); l'héritier ou le légataire qui a donné quelque chose en exécution de la volonté non obligatoire du testateur (L. 2, C., *de fideicommissis* 6, 42. Cf. § 7, I., *de legatis* 2, 20). Les Romains plaçaient sur la même ligne le payement d'intérêts non expressément stipulés au moment du prêt. Fr. 26, D., *h. t.* La L. 18, C., *de usuris* 4, 32, n'est pas contraire, si on l'entend du cas dont il s'agit dans Paul, II, 14, 2. 4).

[45] Fr. 52. 65, § 4, D., *h. t.* — C'est pour le même motif que la répétition n'est pas admise à l'égard de ce qui a été, même indûment, payé par le défendeur ensuite de l'un de ces procès dans lesquels *lis infitiando crescit in duplum*, et dont l'énumération se trouve ci-dessus, t. I, § 75, n° 2. *Voyez* Gaius, II, 283; Ulpien, XXIII, 33; § 7, I., *de obl. quasi ex contr.* 3, 27; L. 4, C., *h. t.* Cf. L. 2, C., *de compensat.* 4, 31.

[46] Fr. 74, § 2, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 36, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. — Fr. 35, D., *h. t.* — Fr. 29, § 5, D., *mandati* 17, 1. — L. 1, C., *h. t.* — L. 2, C., *de compensationibus* 4, 31. — Fr. 42, D., *h. t.* « Pœnæ non solent repeti, cum depensæ sunt. » — Fr. 46, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Quod a quoque pœnæ nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. » — Cf. Fr. 35, D., *hoc titulo;* Fr. 3, § 14, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5; Fr. 1, § 2, D., *de lege Iulia ambitus* 48, 14.

† Tit. D., *de condictione sine causa* 12, 7. — Tit. C., *de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa* 4, 9.

quelconque sans cause [47], et qu'il n'y a pas lieu d'intenter la *condictio indebiti* [48]. Elle peut donc être employée quand la cause pour laquelle nous avons fait la prestation n'a jamais existé [49] ou, tout au moins, n'a pu exister légalement [50]; mais elle sert aussi (et c'est là son application la plus importante), quand la cause existait à la vérité au moment de la prestation, mais est venue à cesser par la suite [51]. L'usage de la *condictio*

[47] Fr. 1. 4, D., *h. t.* — Fr. 66, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 6, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. Cf. ci-dessus, § 276, OBSERVATION.

[48] Par exemple, quand la dation n'a pas le caractère d'un payement (ci-dessus, notes 4. 5), ou quand elle n'a pas été faite par erreur. *Voy.* ci-après, note 50. .

[49] *A*) L'hypothèse la plus importante est celle où nous avons donné une chose ou fait une prestation quelconque, dans l'intention de former un contrat qui ne vient pas à existence soit par suite d'une erreur tombant sur la nature du contrat même ou sur l'existence de l'objet de la prestation, soit par suite d'une autre erreur essentielle quelconque. *Voy.* ci-dessus, § 201, et les passages suivants : Fr. 18, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse... Quare, si eos (numos) consumserit,.... condictione teneatur... Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias : nec depositum, nec mutuum est... Sed in utroque casu, consumtis numis, condictioni... locus est. » — Fr. 32, D., *eodem.* — Fr. 57 pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 7, D., *de hereditate vendita* 18, 4. — Cf. Fr. 3, § 7 in f. D., *de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4 ; Fr. 3, § 1 in f. D., *h. t.* — *B*) Répétition de l'écrit que nous avons donné pour reconnaître un prêt d'argent ou un payement qui n'a pas eu lieu. L. 3, C., *de condict. ind.* 4, 5. — L. 7. 14, § 2, C., *de non num. pecunia* 4, 30. — L. 15, C., *de fideiussoribus* 8, 41. Dans ces cas, l'action peut aussi, suivant les circonstances, se présenter comme une *condictio indebiti* ou *ob causam datorum*. *Voy.* ci-après, note 52, et ci-dessus, notes 5. 42 *in fine*, ainsi que § 276, note 8.

[50] Exemple : Répétition du prix d'achat payé pour une chose hors du commerce, ou pour une chose litigieuse (Fr. 23, D., *de contrah. emt.* 18, 1 ; L. 4, C., *de litigiosis* 8, 37). — Répétition de la dot donnée en vue d'un mariage impossible par suite d'un empêchement légal (Fr. 5, D., *h. t.*; Fr. 9, D., *de iure dotium* 23, 3; L. 1, C., *de condict. ob causam datorum* 4, 6). — Répétition des choses données par une personne incapable d'aliéner (Fr. 29, D., *de condict. indebiti* 12, 6. Cf. ci-dessus, note 4 ; § 233, note 7, et ci-après, § 288, note 15). — Répétition de ce qui a été donné par l'un des époux à l'autre *donandi animo* (Fr. 6, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1), et en général de ce qui a été donné *donandi animo supra legitimum modum* sans insinuation (§ 254, note 13). Enfin, en général, répétition de ce qui a été donné en exécution d'un acte que la loi prohibe et frappe de nullité (L. 5, C., *de legibus* 1, 14. — Cf. L. 4. 8, in f. C., *de pactis pignorum* 8, 35. *Voy.* ci-dessus, notes 6. 7, et ci-après, § 287, note 7. — Dans la plupart des espèces citées, surtout dans celles appartenant aux trois premières catégories, la *condictio sine causa* se confond plus ou moins avec la *condictio ob causam datorum*. Cf. Fr. 1, § 1. 2. Fr. 4, D., *h. t.*

[51] Fr. 1, § 2. 3, D., *h. t.* « Sive ab initio sine causa promissum (vel datum) est, sive fuit causa promittendi (vel dandi) quæ FINITA EST vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. 3. Constat id demum posse condici alicui quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel *redit* ad non iustam causam. » — Fr. 4, D., *eodem.* — Exemples : Nous pouvons répéter le gage, que nous avons donné, comme étant *sine causa* chez notre créancier, dès que la dette pour la sûreté de laquelle il a été remis se trouve acquittée (Fr. 12, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1). — Le commodataire, qui a payé au commodant la valeur de la chose prêtée qu'il n'a pu restituer parce qu'elle avait été volée, peut répéter l'argent comme payé *sine causa*, si le commodant recouvre plus tard cette chose (Fr. 2, D., *h. t.*). Je puis répéter la reconnaissance écrite d'un prêt qui n'a pas eu lieu ou que j'ai remboursé, parce que l'ex-créancier la retient *sine causa*. Fr. 3, D., *h. t.* — L. 2. 4, C., *eodem;* L. 25, C., *de solutionibus* 8, 43, et ci-dessus, note 49 *in fine*. La *condictio sine causa* sert également à demander la restitution des arrhes, si le contrat principal a été exécuté

sine causa s'étend même à des cas dans lesquels aucune prestation n'a été faite par le demandeur. Nous pouvons, en effet, nous en servir dans plusieurs hypothèses aux fins d'obtenir la restitution de ce dont une autre personne s'est enrichie à nos dépens et par le moyen de notre chose, sans que cette chose lui ait été remise par nous, et sans que notre volonté ait, en aucune façon, concouru au résultat dont nous poursuivons le redressement. Ces hypothèses impliquent naturellement toujours de la part du défendeur un acte qui ait eu pour effet de l'enrichir [52]. Le plus souvent cet acte sera un fait illicite [53], et dans cette application notre

(ci-dessus, § 259, note 8); des choses données en quasi-usufruit après la cessation de l'usufruit (Fr. 5, § 1, D., *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur* 7, 5); des cadeaux de fiançailles au cas où le mariage n'ait pas lieu (L. 12. 15, C., *de donat. ante nuptias* 5, 3). L'action qui sert à reprendre une chose donnée *ita ut post mortem eius qui accepit ad nos rediret* est également de sa nature une *condictio sine causa*. L. 2, C., *de donat. sub modo vel condicione* 8, 55. D'autres exemples : Fr. 50, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 11, D., *de appellationibus* 49, etc. — Dans beaucoup de cas appartenant aux catégories indiquées, notre action se confond avec la *condictio ob causam datorum*, comme le donnent, au reste, à entendre les textes cités au commencement de la présente note.

[52] Il est, en effet, impossible que (en dehors des hypothèses normales dans lesquelles la loi admet expressément une obligation par cela seul qu'un certain état de choses se trouve exister), il puisse se former un lien obligatoire entre deux personnes dont aucune n'a rien fait. C'est à tort qu'on a voulu invoquer à l'appui de cette thèse quelques passages de nos sources. 1° Dans le § 26, I., *de rerum divisione* 2, 1, Justinien sous-entend évidemment que le *possessor* dont il parle est en même temps la personne qui a opéré l'accession (cf. t. I, § 103, notes 11. 12). — 2° Quant au Fr. 4, § 2, D., *de rebus creditis* 12, 1, « Ea quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt », nous pourrions être tenté, à cause du § 1 qui précède, de l'entendre d'une *condictio possessionis* (§ 194, note 14). Mais on cherche en vain le fondement de pareille action et on n'en comprend ni la nécessité ni même l'utilité, puisque l'*actio ad exhibendum* serait pleinement suffisante. Il paraît plus naturel de supposer qu'il s'y agit de *res importatæ* consommées par le possesseur de l'immeuble. — 3° Le Fr. 39, D., *de stipulatione servorum* 45, 3, traite du cas où un esclave, frappé d'usufruit, a fait *ex re fructuarii vel ex operis eius*, une stipulation au profit du nu propriétaire. La créance provenant de cette stipulation appartient naturellement à ce dernier; mais ce résultat est contraire à la loi par la raison que l'usufruitier (comme aussi le *b. f. possessor*) a droit à tout ce que l'esclave acquiert *ex re vel ex operis fructuarii* (ou *b. f. possessoris*). Cf. ci-après, t. III, § 334, notes 19. 26. Il faut donc défaire ce qui a été fait sans droit. Si le cas se présentait dans d'autres circonstances, par exemple, si un esclave commun à deux maîtres avait indûment stipulé *ex re alterius dominorum* au profit des deux, le maître lésé aurait une action contractuelle ou quasi-contractuelle (Fr. 24, pr. D., *communi dividundo* 10, 3); dans l'espèce, il n'y a d'autre moyen que de donner à l'usufruitier ou au *b. f. possessor* lésé une *condictio*. Il est vrai que le *dominus* n'a personnellement rien fait; mais il répond du fait de son esclave, qui a eu pour effet de l'enrichir au préjudice de l'usufruitier ou du possesseur de bonne foi. Cf. ci-après, § 282, note 2, et Fr. 24, § 1, D., *emti*, à la note suivante.

[53] Il peut cependant aussi se faire que quelqu'un s'enrichisse à nos dépens, en consommant ou en aliénant de bonne foi des choses qui nous appartiennent. A cette catégorie de faits appartiennent l'hypothèse de la *condictio Iuventiana* *, Fr. 32, D., *de rebus creditis* 12, 1, ci-dessus, § 233, note 11, et les espèces analogues, mentionnées au Fr. 15, § 1. Fr. 46. 53, D., *de condict. indebiti* 12, 6. Ceci ne s'applique naturellement qu'au cas où la revendication n'est plus possible, les choses ayant été consommées. Fr. 9, § 1, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. – Fr. 30, pr. D., *emti* 19, 1. « Servus quem de me cum peculio emisti... Si numos quos iste servus mihi subripuerat, tu, ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris et consumseris, condictio eo nomine mihi

action est souvent qualifiée de *condictio ex iniusta causa* [54]. L'espèce la plus intéressante de cette catégorie est la *condictio ex causa furtiva* avec ses nuances *rerum amotarum* et *vi bonorum raptorum,* dont nous avons parlé en traitant des méfaits auxquels elles doivent leurs noms [55]. Nous avons également eu l'occasion de mentionner la condiction qui tend à nous faire ravoir une possession dont nous avons été injustement privé par l'adversaire [56], et celle que nous pouvons intenter contre celui qui s'est enrichi à nos dépens en percevant de mauvaise foi les fruits de notre chose [57]. — Quant aux effets, la *condictio sine causa* est à tous égards analogue à la *condictio indebiti* [58]. Cependant quand elle naît *ex iniusta causa,* le défendeur est traité plus sévèrement, en ce sens qu'il n'a droit à aucune indemnité du chef d'impenses et qu'il est tenu de restituer tout ce dont il s'est trouvé enrichi à un moment quelconque, alors même qu'il ne le serait plus au moment de l'action intentée [59].

Observation. En traitant, dans le paragraphe qui précède, de l'erreur considérée comme condition de la *condictio indebiti,* nous avons été

adversus te competit *quasi res mea ad te* SINE CAUSA *pervenerit.* » — L. 22, § 6, C., *de iure deliberandi* 6, 30, ci-après, t. III, §§ 397. 402. — Fr. 23, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Si eum servum qui tibi legatus est, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. » — Fr. 24, § 1, D., *emti* 19, 1. « Servum tuum imprudens a fure bona fide emi : is ex peculio quod ad te pertinebat, hominem paravit qui mihi traditus est. Posse te eum hominem mihi condicere, Sabinus ait... » — Fr. 64. 65, D., *soluto matrimonio* 14, 5. Ce cas participe de la nature de la *negotiorum gestio.* Par contre, dans le Fr. 61, D., *eodem,* il s'agit d'un enrichissement *ex iniusta causa.* — Il y a également à certains égards *negotiorum gestio* dans l'hypothèse de la L. 12, § 1, C., *de hereditatis petitione* 3, 31, qui présente cette particularité que l'enrichissement du défendeur est provenu d'un acte émanant du demandeur même qui veut être indemnisé. *Voy.* ci-après, t. III, § 409.

[54] Fr. 6, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. « Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut SINE CAUSA aut EX INIUSTA causa retineri intelligitur : ex quibus causis condictio nasci solet. » — Fr. 25 in f. D., *rerum amotarum* 25, 2. Cf. ci-dessus, § 276 *in fine.*

[55] *Voy.* ci-dessus, § 268, notes 12. 13; § 269, A, et ci-après, t. III, § 308, note 6.

[56] Fr. 4, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 12, § 2, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 2, D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 19, § 2, D., *de precario* 43, 26. — Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 25, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Cf. Fr. 21, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2; Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — *Voy.* ci-dessus, § 194, note 14.

[57] Fr. 4, § 2, D., *finium regundorum* 10, 1. — Fr. 4, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. — * Fr. 55 in f., D., *de condict. indebiti* 12, 6. — * Fr. 22, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — * Fr. 15, D., *de usuris* 22, 1. — L. 3, C., *h. t.,* 4, 9. — L. 16, C., *de prædiis minorum* 5, 71. — * L. 4, C., *de crimine expilatæ hereditatis* 9, 32. — Cf. Fr. 18, D., *de exceptionibus* 44, 1. — Il est pourtant à remarquer que même le possesseur de mauvaise foi n'est tenu par la *condictio ex iniusta causa* que des fruits qu'il *a perçus* et non pas des *fructus percipiendi;* car de ces derniers il ne s'est point enrichi. *Voy.* les passages ci-dessus, marqués d'un astérisque, et Fr. 78, *de rei vind.* 6, 1. Cf. ci-dessus, t. I, § 119, Observation 2.

[58] *Voy.* ci-dessus, notes 32-42.

[59] *Voy.* note 39 et les textes marqués d'un astérisque de la note 57, ainsi que ci-dessus, § 269, notes 24-26. — Rappelons que dans la *condictio furtiva,* le défendeur, à défaut de restitution volontaire, est tenu de tous dommages et intérêts dans le sens le plus étendu. Fr. 3. 8, § 1, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 29, D., *rerum amotarum* 25, 2, et ci-dessus, § 269, notes 25. 26.

amené à dire qu'il était difficile de concilier les diverses décisions de nos sources en cette matière, et impossible d'en tirer les éléments d'une solution rationnelle [60]. La raison en est simple : il n'y a aucun rapport logique entre le principe qui domine la répétition de l'indû et les distinctions que les Romains établissent entre l'erreur de droit et de fait d'une part, et l'erreur excusable et inexcusable d'autre part [61]. Ces distinctions ont leur raison d'être dans certaines matières où l'erreur ou l'ignorance figure comme élément d'une condition requise pour obtenir une faveur offerte par le législateur, par exemple, dans l'usucapion, et dans la computation des délais de la *bonorum possessio* [62] ; mais elles sont entièrement déplacées dans notre matière qui repose sur un principe de rigoureuse justice et d'impérieuse équité. — La même erreur (de droit ou de fait, excusable ou inexcusable) peut, suivant les circonstances, autoriser ou ne pas autoriser la répétition d'un indû [63]. Aussi le législateur français

[60] *Voy.* ci-dessus, note 19.

[61] Dans notre matière, ces distinctions, d'ailleurs, n'ont pas toute la précision désirable. Nous nous bornerons ici à faire observer qu'il est impossible d'admettre d'une manière générale la proposition romaine d'après laquelle l'erreur de droit est inexcusable, par la raison que tout le monde peut recourir aux lumières d'un jurisconsulte (Fr. 9, § 3, D., *de iuris et furti ignorantia* 22, 6; Fr. 10, D., *de bonorum possess.* 37, 1). Si nous ignorons absolument l'existence de la disposition légale qui nous accorde un droit particulier, peut-on nous faire un reproche de n'avoir pas consulté un homme de loi sur la nature et sur l'étendue de ce droit? Cf. ci-après, note 63, A *in fine.*

[62] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 113, note 31, et ci-après, t. III, § 372, note 18.

[63] Prenons deux exemples d'erreur inexcusable d'après les idées romaines (ci-dessus, note 61). *A*) Un oncle meurt, laissant quatre neveux. Dans son testament, il déclare que, portant une affection particulière à l'un d'eux, appelé Primus, il l'institue héritier unique, tout en lui imposant, en faveur des trois autres, des legs absorbant environ les deux tiers de la succession. Telle était, du moins, la situation au moment de la confection du testament. Mais, peu de jours avant le décès du testateur, la valeur de ce qui doit rester à l'héritier institué se trouve, par des accidents imprévus, réduite au point de ne plus former qu'un cinquième des biens délaissés. Dans la réunion que les neveux tiennent à l'effet de procéder à la lecture et à l'exécution du testament, l'héritier institué fait observer que l'exécution littérale du testament donnera, dans les circonstances actuelles, un résultat contraire à l'intention véritable du testateur et que certes, s'il y avait un moyen légal de modifier la situation, il n'hésiterait pas à l'employer. Les légataires répondent qu'ils entendent se conformer à la volonté exprimée du défunt, et qu'ils ne sont pour rien dans les faits qui ont diminué l'émolument de l'héritier institué. Celui-ci, bien qu'à regret, s'exécute conformément à la lettre du testament qu'il croit rigoureusement obligatoire pour lui. Plus tard, il apprend que la loi *Falcidia* l'autorisait à retenir un quart libre de la succession (t. III, § 425). Lui refusera-t-on la *condictio indebiti,* sous prétexte que *non stultis solet succurri, sed ignorantibus,* comme dit le Fr. 9, § 5, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6? De quel droit appellera-t-on *stultus* un homme qui mérite certes, et uniquement, la qualification d'*ignorans?* Cependant, disent les Romains, son erreur est inexcusable, puisqu'il pouvait recourir à un jurisconsulte. Mais qu'est-ce qui aurait pu engager notre brave homme à s'adresser à un homme de loi, alors qu'il ignorait complétement l'existence du droit qu'il avait, et qu'en présence d'un testament parfaitement régulier et valable, il ne pouvait se douter qu'il y avait un moyen d'en refuser l'exécution intégrale? — *B*) Titius, laissant trois proches parents (non réservataires) a fait un testament, dans lequel il institue héritier unique un vieil ami, à charge de

a-t-il eu raison d'abandonner les traditions romaines [64]; mais en se bornant à exiger l'erreur, sans aucune détermination ni distinction, il a laissé une lacune que la science et la jurisprudence ont pour devoir de combler. Nous croyons y contribuer en disant : « que la répétition de l'indu suppose un payement fait par erreur et dans des conditions telles que, si nous n'avions pas été sous l'empire de l'erreur, nous n'eussions point fait la prestation dont il s'agit [65]. »

§ 278. *De la communauté* †.

Une communauté de droits et d'intérêts peut s'établir ensuite d'une convention avenue entre parties [1]; mais elle peut aussi naître autrement, soit par le hasard, soit par des actes de libéralité émanant d'une personne tierce, soit en vertu d'une disposition légale [2]. Bien que dans ces derniers cas — que les interprètes modernes, s'autorisant d'une locution employée dans le Digeste [3], comprennent sous le nom de *communio inci-*

donner aux trois parents des legs dont la valeur n'atteint pas les trois quarts de la succession. Mais au moment où l'on procède à la lecture et a l'exécution du testament, la valeur de ce qui doit rester à l'héritier institué se trouve, comme dans le cas précédent, réduite au point de ne plus former qu'un cinquième des biens délaissés. L'héritier institué ne peut s'empêcher de regretter qu'un fâcheux hasard le prive d'une grande partie de la libéralité dont son ami avait voulu le gratifier; mais, appréciant le témoignage d'estime et d'amitié que le défunt lui a donné en l'instituant héritier, et y attachant plus de prix qu'à un avantage matériel, il exécute de bonne grâce les dispositions du testament. Peu de temps après le partage opéré et sans avoir eu connaissance du droit que la loi *Falcidia* lui donnait, il vient à mourir. Admettra-t-on ses héritiers à répéter ce que leur auteur aurait pu retenir lors du partage?

[64] Code Napoléon, art. 1377. « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. »

[65] En adoptant notre formule, on fait rentrer dans la règle les dispositions légales que nous avons mentionnées ci-dessus, notes 43-44, et que nous avons dû présenter comme exceptionnelles.

† Paul, I, 16, 18. — § 3. 4, I., *de obligationibus quasi ex contractu* 3, 27. — Titt. D., *finium regundorum* 10, 1; *familiæ erciscundæ* 10, 2; *communi dividundo* 10, 3. — Titt. Th. C., *familiæ erciscundæ* 2, 24; *communi dividundo* 2, 25; *finium regundorum* 2, 26. — Titt. I. C., *familiæ erciscundæ* 3, 36; *communi dividundo* 3, 37; *communia utriusque iudicii, tam familiæ erciscundæ quam communi dividundo* 3, 38; *finium regundorum* 3, 39.

[1] Le cas le plus important est celui de la *société*, ci-dessus, § 225-230; mais une communauté conventionnelle peut aussi naître par suite d'opérations communes faites en exécution d'une autre convention. Fr. 31. 37, D., *pro socio* 17, 2. « ... ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit... si a duobus simul emta res sit... aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. » 37. « ... qui sociis heredes exstiterint... » Cf. Fr. 32. 33. 44 in f. Fr. 52, pr. § 3 in f. D., *eodem*. — Fr. 13, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — *Voy.* ci-dessus, § 225, notes 4. 5, et t. I, § 104, note 3.

[2] § 27. 28, I., *de rerum divisione* 2, 1. Cf. ci-dessus, t. I, § 104, note 5. — § 3, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27. « Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset... » — Fr. 2, pr. D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 32, § 24, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 41, pr. D., *de legatis III* (32). — Fr. 26, D., *de adquir. possessione* 41, 2. — L. 34, § 2, C., *de donationibus* 8, 54, ci-dessus, § 254, note 13.

[3] Fr. 25, § 16, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. « ... Cum coherede non contrahimus, sed *incidimus*

dens * —, la volonté des intéressés ne soit point intervenue, il y a cependant lieu de juger les rapports obligatoires qui peuvent surgir entre eux d'après des règles analogues à celles qui sont suivies dans les communautés conventionnelles et particulièrement dans celle résultant du contrat de société. C'est pourquoi, dans le système de Justinien, ces obligations sont considérées comme nées *quasi ex contractu* [4].

De quelque manière que la communauté se soit formée, elle est régie par deux principes qui découlent de la nature des choses : l'un qui s'oppose à ce qu'il soit disposé de la chose commune sans le consentement de tous les intéressés [5], l'autre qui veut que nul ne puisse être contraint de demeurer dans l'indivision. Nous avons suffisamment eu l'occasion de développer le premier de ces principes, en traitant de la copropriété et de la société, pour n'avoir plus besoin de nous y arrêter [6]. Quant au droit de faire cesser l'indivision et de demander le partage des choses communes, il est une conséquence inévitable de la liberté individuelle [7] : aussi a-t-il été consacré par la législation romaine avec une énergie telle, qu'elle ne reconnaît point aux parties la faculté d'y renoncer; tout au plus peuvent-elles s'engager à ne pas l'exercer pendant un temps déterminé [8].

I. Le partage se fait, soit à l'amiable, soit en justice. A l'amiable, les parties sont libres d'opérer le partage comme elles l'entendent [9], et les

in eum... » — Fr. 31, D., *pro socio* 17, 2. « ... Communiter autem res agi potest etiam citra societatem : ut puta, cum non affectione societatis *incidimus* in communionem, ut evenit in re duobus legata..... »

[4] § 3. 4, I., *de obligationibus quasi ex contractu* 3, 27.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 226, note 7, et t. I, § 95, note 4. Mais il va de soi que chaque communiste peut disposer de sa part intellectuelle, l'aliéner, la donner en hypothèque, etc. Fr. 54, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2; Fr. 7, § 13. Fr. 14, § 1. 3. Fr. 24, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3; Fr. 68, pr. D., *pro socio* 17, 2; L. 1. 3, C., *communi dividundo* 3, 37; L. 14, C., *de contrah. emtione* 4, 38; L. 3. 4, C., *de comm. rerum alienat.* 4, 52; L. 12, C., *de donationibus* 8, 54, et les textes cités au t. I, § 155, note 21. Cf. ci-dessus, § 226, note 37; § 209, notes 13. 16; t. I, § 95, note 5, et ci-après, t. III, § 413 et § 424, note 7. — D'après la L. 14, C., *de contrahenda emtione* 4, 38, il paraît qu'anciennement les aliénations de parts indivises étaient soumises à une restriction, les communistes et cohéritiers ayant le droit d'écarter les étrangers. Valentinien, Théodose et Arcadius, par la loi citée, ont aboli cette *iniuria*, en statuant que dorénavant, *unusquisque suo arbitratu quærere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.*

[6] *Voy.* ci-dessus, § 226, n° 2, et t. I, § 95, n° 1.

[7] A cette raison fondamentale vient se joindre une considération d'équité qui est énoncée par Papinien, au Fr. 77, § 20, D., *de legatis II* (31). « ... quas (discordias) materia communionis solet excitare. »

[8] Fr. 8, pr. Fr. 14, § 2. 3, D., *communi dividundo* 10, 3. — L. 5, C., *eodem* 3, 37. — L'engagement *ne intra certum tempus communio dividatur*, lie non-seulement les héritiers, mais aussi les successeurs à titre particulier. Fr. 14, § 3, D., *cité*. Cf. Fr. 16, § 1, D., *pro socio* 17, 2, et ci-dessus, § 190, note 15; § 189, note 26.

[9] Rien ne s'oppose à ce que quelques-uns des communistes conviennent de mettre fin à la communauté qui existe entre eux. Mais, dans ce cas, ils ne peuvent naturellement pas procéder

arrangements qu'elles prennent à cet égard ont la nature et produisent les effets d'une convention ordinaire [10]. La simple convention de partage ne constitue qu'un *nudum pactum,* mais il dépend de chaque intéressé de lui donner efficacité civile, en l'exécutant de son côté [11]; dès lors, en effet, les parties se trouvent dans le rapport obligatoire qui découle d'un contrat innommé [12]. La communauté cesse aussi, si les communistes vendent la chose commune à un tiers ou si l'un d'eux cède sa part à l'autre moyennant un prix d'argent ou une autre prestation quelconque; rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les intéressés mettent la chose commune aux enchères en vue de partager le produit de la vente, *licitatio,* bien que ce procédé ne soit mentionné dans nos sources qu'à l'occasion du partage judiciaire [13]. — La propriété des parts passe naturellement aux copartageants avec les droits et charges qui existaient au moment du partage ou qu'ils ont créés en y procédant [14]. Comme tout acte commutatif et à titre onéreux, le partage entraîne l'obligation de garantie du chef d'éviction, conformément à la nature de l'opération [15]; et il va sans dire que le partage amiable peut être invalidé pour les causes qui, d'après les principes généraux, annulent les conventions ou en autorisent la rescision [16]. Les

à une division matérielle, par la raison que les autres communistes qui ne prennent pas part au partage ont des parts dans toute la chose commune et qu'il n'en peut être disposé sans le concours de leur volonté (ci-dessus, note 5). Les communistes qui désirent mettre fin à leur communauté n'ont donc d'autres moyens d'opérer le partage que ceux que nous indiquerons ci-après, note 13.

[10] Fr. 20, § 3, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. — Fr. 3, § 1, D., *comm. div.* 10, 3. — L. 1, C., *fam. ercisc.* 3, 36. — L. 2. 4, C., *comm. div.* 3, 37. — L. 2. 7, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38. — Cf. ci-après, notes 15. 16.

[11] C'est-à-dire, en faisant dation ou remise des parts attribuées aux autres. Fr. 45, D., *de pactis* 2, 14. Inutile de faire observer que cela peut se faire par *traditio brevi manu,* lors, par exemple, que les intéressés détenaient déjà *pro partibus divisis;* ou par *constitut possessoire,* lors, par exemple, que l'un des copartageants prend à bail la part attribuée à l'autre. Cf. t. I, § 106, B.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 257, note 3, et Fr. 18, § 2. Fr. 20, § 3, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 77, § 18, D., *de legatis II* (31). — L. 14, C., *fam. ercisc.* 3, 36. — L. 7, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38.

[13] *Voy.* ci-après, notes 27 sq. et Fr. 78, § 4, D., *de iure dotium* 23, 3.

[14] Cf. ci-après, note 30, et ci-dessus, t. I, § 107, note 4.

[15] La nature et l'étendue de cette obligation de garantie dépendent des circonstances et du mode suivi pour opérer le partage. On ne peut considérer comme traçant des règles générales et absolues les dispositions de certains textes qui semblent imposer tantôt l'analogie de la vente, tantôt celle de l'échange. Fr. 10, § 2, D., *comm. div.* 10, 3; Fr. 66, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2. Cf. Fr. 34, § 1, D., *eodem*; L. 1, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38. « Divisionem prædiorum vicem emtionis obtinere placuit. » — Fr. 20, § 3, D., *fam. ercisc.* 10, 2; Fr. 77, § 8, D., *de legatis II* (31); L. 14, C., *fam. ercisc.* 3, 36; L. 7, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38. — Il se peut même qu'il n'y ait point lieu à garantie, par exemple, si les copartageants n'étaient que possesseurs de bonne foi de l'objet partagé. Dans cette hypothèse, en effet, l'éviction que l'un d'eux subirait de son lot doit être considérée comme un pur cas fortuit, n'entraînant aucune responsabilité pour les autres. Cf. Fr. 77, § 8, D., *de legatis II* (31).

[16] Le Fr. 36, D., *fam. ercisc.* 10, 2, donne un intéressant exemple de nullité pour cause

copartageants agiront toujours prudemment en se donnant mutuellement des garanties à l'effet d'assurer l'exécution des obligations auxquelles le partage peut donner lieu [17].

II. Quant au partage judiciaire, il se poursuit au moyen d'actions qui remontent à la plus haute antiquité, comme l'indiquent les noms qu'elles portent et la mention qui en est faite déjà dans la loi des Douze Tables [18]. Comme d'ordinaire, les Romains n'ont pas commencé, en cette matière, par poser le principe général, mais ils ont d'abord créé des actions particulières pour les cas dans lesquels le besoin se faisait sentir. La plus ancienne de ces actions était donnée à l'effet de poursuivre le règlement des bornes entre deux fonds voisins, *actio finium regundorum*. Ensuite fut créée l'action en partage d'une succession échue à plusieurs héritiers, *actio familiæ erciscundæ;* enfin on admit une action générale pour le partage d'une communauté quelconque, *actio communi dividundo*. La création de cette dernière aurait pu rendre inutiles les deux autres actions en partage; mais sous l'influence du système formulaire, chaque action avait alors acquis certaines particularités qui la distinguaient des autres, et qui dans le droit de Justinien ne sont pas encore assez effacées pour permettre la fusion complète de ces trois moyens de droit. — Le jugement qui intervient dans ces actions détermine les droits des communistes et opère le partage. A cet effet, la formule contenait une partie appelée *adiudicatio*, qui attribuait à chaque copartageant la propriété de la part qui lui était échue. Nous avons fait connaître la nature et les effets de cette adjudication quand nous avons traité de l'acquisition des droits réels [19].

A) L'*actio familiæ erciscundæ* devant trouver sa place dans le livre cinquième, nous allons exposer rapidement les règles qui concernent les deux autres actions, et ajouter quelques observations générales sur la nature des actions en partage [20].

B) † L'*actio communi dividundo* suppose une propriété commune ou au moins une communauté de droits réels; elle est donc donnée à quiconque se trouve en communauté, soit comme propriétaire, soit comme posses-

d'erreur sur la personne. Cf. ci-dessus, § 201, note 11. Dolus. *Consultatio veteris icti*. II, 3. 5. 6. — L. 3, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38. — L. 8, C., *de collationibus* 6, 20. Cf. L. 11, C., *fam. ercisc.* 3, 36. — L. 4, C. *comm. divid.* 3, 37. — On a soutenu que le partage conventionnel peut aussi être rescindé pour cause de simple lésion; mais les expressions « *vel perperam* » et « *quod inæqualiter factum esse constiterit* », de la L. 3, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38, combinées avec *Consultatio veteris icti*, II, 6, ne sont pas suffisantes pour motiver cette dérogation aux principes. Cf. ci-dessus, § 214 *in fine*.

[17] Fr. 27. 28. 38, pr. Fr. 67, pr. D., *pro socio* 17, 2, et ci-après, notes 41. 42.

[18] Fr. 1, pr. D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Cf. Fr. 24, D., *finium regundorum* 10, 1.

[19] *Voy.* t. I, § 44, n° 4 et §§ 109. 141.

[20] *Voy.* ci-après, t. III, § 405.

† Titt. D., *communi dividundo* 10, 3; C., *eodem*, 3, 37.

seur de bonne foi de choses corporelles ou de *iura in re* [21]. Elle peut être intentée contre quiconque est en communauté avec le demandeur par rapport à la chose qu'il s'agit de partager [22], pourvu que l'indivision ne soit pas de nature à exiger l'emploi de l'action spéciale *familiæ erciscundæ* [23]. C'est naturellement au demandeur de prouver l'existence du droit réel qui sert de base à la communauté [24]. — L'action tend au partage de la chose commune; mais le jugement peut en outre contenir des prestations personnelles à charge de l'une ou de l'autre des parties [25]. Quant au mode de partage, la loi laisse au juge la plus grande latitude. Il peut partager la chose physiquement et grever l'une ou l'autre part de servitudes, s'il le trouve nécessaire ou convenable; il peut aussi donner le tout à l'un des copartageants, à charge de payer une somme d'argent à l'autre; il peut même attribuer à l'un la nue propriété, à l'autre l'usu-

[21] *A*) Fr. 1. 4, pr. § 1, D., *h. t.* et *passim*. Cf. Fr. 19, pr. D., *eodem*.— *B*) Fr. 14, pr. D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 4, § 4, Fr. 7, § 2. D., *h. t.* — *C*) Fr. 13, § 3, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 4, § 9, D., *finium regundorum* 10, 1. – Fr. 10. 14, § 1. Fr. 15. 29, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 7, pr. § 6. 7. 9. 10. 12. 13. Fr. 10, § 1. Fr. 19, § 1. 2. 4, D., *h. t.* – Fr. 1, § 8, D., *de superficiebus* 43, 18. – Fr. 4 in f. D., *de aqua* 43, 20. — Ajoutons Fr. 7, § 8. 11, D., *h. t.* « 8. Item (utile communi dividundo iudicium dari debet) si duo a prætore missi sint in possessionem legatorum : est enim iusta causa possidendi custodiæ gratia. Ergo, et si duo ventres, idem erit dicendum. Quod habet rationem. 11. Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant. »

[22] Il n'est pas nécessaire que le défendeur soit en possession de la chose commune. Fr. 30, D., *h. t.* « Communi dividundo iudicio recte agi, sive neuter possideat, sive alter sociorum fundum non possideat. » — *B*) Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur mette en cause tous ses *codomini*. Comme il peut y avoir partage amiable, il peut aussi y avoir *iudicium communi dividundo* entre quelques-uns des communistes. Fr. 8, pr. D., *h. t.* « Etsi non omnes qui rem communem habent, sed *certi ex his* dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest. » – Fr. 2, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « .... iudicium et *inter pauciores* heredes ex pluribus accipi potest. » Cf. ci-après, t. III, § 405, B. Ce mode d'agir peut être imposé par la nécessité, par exemple, si l'un des communistes est absent; il se peut aussi que deux ou plusieurs communistes, d'accord pour faire cesser la communauté entre eux, préfèrent la forme du partage judiciaire au partage amiable. Mais il est à remarquer : 1° que nous ne sommes jamais forcé de subir un partage partiel, s'il y a possibilité de faire autrement, puisque nous sommes toujours libre de provoquer le partage entre tous; 2° que la demande de partage partiel ne peut aboutir à la division matérielle de la chose commune. Cf. ci-dessus, note 9.

[23] Elle peut cependant servir à demander le partage d'une chose déterminée faisant partie d'une hérédité commune ou de choses héréditaires qui, n'ayant pas été comprises dans le partage de l'hérédité, sont restées indivises. Fr. 44, pr. D., *fam. ercisc.* 10, 2. « Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res dumtaxat, quæ eorum communes sunt, et causæ ex his rebus pendentes in iudicium veniant; de ceteris vero in integro sit familiæ erciscundæ iudicium. » – Fr. 20, § 4, D., *eodem*. « Familiæ erciscundæ iudicium amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest. » – Cf. Fr. 13, D., *hoc titulo*, et Fr. 34 in f. D., *pro socio* 17, 2.

[24] Fr. 1, § 1, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 34, § 1, D., *de evict.* 21, 2. Cf. ci-après, note 62.

[25] Fr. 3, pr. D., *h. t.* – Fr. 22, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « Familiæ erciscundæ iudicium ex duobus constat, id est, REBUS atque PRÆSTATIONIBUS, quæ sunt personales actiones. » — Pour les prestations personnelles, l'action peut être intentée *utiliter*, alors même que la chose aurait cessé d'exister ou d'être commune. Ci-après, note 35.

fruit [26]. Parfois il trouvera utile de faire vendre la chose aux enchères, *licitatio* [27], pour partager le prix de vente entre les copropriétaires; ces enchères peuvent avoir lieu exclusivement entre les intéressés ou publiquement [28]. Bref, le juge a dans les opérations du partage un pouvoir arbitraire qui n'est tempéré que par la recommandation de se conformer autant que possible aux vœux des parties [29].—Lorsque le partage a pour résultat d'assigner aux parties ou à l'une d'elles la propriété de parts divises de la chose commune ou un *ius in re* sur les parts des autres, l'attribution de ces droits [30] se fait par la partie du jugement qui porte le nom d'*adiudicatio* [31].—Quant aux prestations personnelles, les communistes doivent se tenir compte de tout avantage et particulièrement de la jouissance et des fruits qu'ils ont tirés de la chose commune [32]. Ils répondent de tout dommage qu'ils ont pu causer à la chose, soit par des actes d'administration, soit en dehors de l'administration, et ils sont tenus à cet égard de toute faute avec le tempérament de la *diligentia qualem in suis rebus adhibere solent* [33]. Par contre, ils peuvent aussi exiger le rembour-

[26] § 20, I., *de actionibus* 4, 6. – § 4. 5, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 6, § 8. 11. Fr. 7, pr. § 1. 10. Fr. 10, § 1. Fr. 19, § 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 18, D., *eodem.* – Fr. 16, § 1. 2. Fr. 22, § 1. 2. 3. Fr. 47, pr. Fr. 55, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 6, § 1. Fr. 13, § 3, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 4 in f. Fr. 5, pr. D., *de aqua* 43, 20. – L. 1. 3, C., *h. t.* – Cf. t. I, §§ 109. 141. — Pour le partage d'un usufruit commun, d'une emphytéose commune, *voy.* Fr. 7, pr. § 10, D., *eodem;* pour le partage d'un droit d'hypothèque, appartenant à plusieurs en commun, Fr. 7, § 12, D., *h. t.* – Fr. 29, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 11, D., *de distractione pignorum* 20, 5.

[27] De *liceri,* enchérir. Dans le langage romain, au reste, ce terme s'applique aussi à la vente aux enchères d'une chose NON COMMUNE.

[28] Fr. 7, § 13. Fr. 19, § 3, D., *h. t.* – Fr. 12, D., *de alienat. iudicii mutandi causa* 4, 7. – Fr. 22, § 1, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 78, § 4, D., *de iure dotium* 23, 3. – L. 1, C., *h. t.* « ... (Communi dividundo) actione aut universum prædium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii obtinebis : aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris. Quod si *divisio prædii sine cuiusquam iniuria commode* fieri potuerit, portionem suis finibus tibi adiudicatam possidebis... » — L. 3, C., *eodem.* « ... *Cum autem regionibus dividi* (*commode*) *aliquis ager inter socios non potest,* vel ea pluribus singuli : æstimatione iusta facta, unicuique sociorum adiudicantur... : *ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emtore admisso,* maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur. »

[29] F. 3, § 1. Fr. 6, § 10. Fr. 13. 21, D., *h. t.* — Fr. 26, D., *de re iudicata* 42, 1. Cf. L. 15, C., *fam. ercisc.* 3, 36.

[30] § 7, I., *de officio iudicis* 4, 17. « Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit, id statim eius fit cui adiudicatum est. » — Inutile de faire observer que l'adjudication donne aux copartageants la propriété telle qu'elle existe, avec les droits et les charges qui y sont adhérents au moment de l'attribution. Fr. 6, § 8. 9, D., *h. t.* – Fr. 13, § 17, D., *emti* 19, 1. – Fr. 7, § 4, D., *uibus modis pignus solvitur* 20, 6.

[31] *Voy.* ci-dessus, note 19.

[32] § 3. 4, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27. – § 4. 5. 6, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 19, pr. D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. – Fr. 44, § 3, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 3, pr. Fr. 4, § 3. Fr. 6, pr. § 1. 2. 4. Fr. 11. 23, D., *h. t.* – Fr. 34, D., *pro socio* 17, 2. – L. 9, C., *fam. ercisc.* 3, 36.

[33] § 4. 5, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 8, D., *de noxal. actionibus* 9, 4. – Fr. 16, § 4. 5. 6. Fr. 25, § 16, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 3, pr. Fr. 8, § 2. Fr. 10, pr. Fr. 20. 26. 28, D., *h. t.* – Fr. 2, § 11, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 34, D., *pro socio,* 17, 2. – Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 3. 19, C., *fam. ercisc.* 3, 36. – L. 4, C., *h. t.* — Le tempérament de la *diligentia*

sement des frais et déboursés qu'ils ont dûment faits dans l'intérêt de la communauté [34] (soit sur la chose commune même [35], soit, à cause de la chose commune, au bénéfice ou à la décharge des coïntéressés [36]) et du dommage qu'ils ont pu éprouver par la chose commune ou par suite de la due gestion des intérêts communs [37]. Relativement aux prestations personnelles, l'action peut être intentée *utiliter*, alors même que la chose aurait cessé d'exister ou d'être commune [38]. — Rappelons encore que l'*actio communi dividundo* sert également aux associés à l'effet de poursuivre le partage physique des biens de la société, résultat que l'*actio pro socio* ne saurait produire, pour les raisons que nous avons indiquées ci-dessus [39]. L'*actio communi dividundo* peut même être intentée de ce

qualem suis rebus adhibere soleut est expressément consacré par le Fr. 25, § 16, D., *fam. ercisc.* 10, 2, et indiqué dans le Fr. 23, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. ci-dessus, § 173, notes 15-17 et § 174, notes 10-17.

[34] § 3, I., *de obl. quasi ex contractu* 3, 27. – Fr. 3, pr. Fr. 4, § 3. Fr. 6, § 12, D., *h. t.* « § 12... ita demum, si ædium interfuit. » Cf. ci-après, note 36 *in fine*. – L. 18, § 1, C., *fam. ercisc.* 3, 36. « ... sumtus facti bona fide... » Ajoutez les passages cités dans les deux notes qui suivent. — En thèse générale, les communistes ont de ce chef le choix entre l'*actio communi dividundo* et l'*actio negotiorum gestorum*. Fr. 6, § 11. Fr. 14, § 1 in f. D., *h. t.* – L. 3, C., *de neg. gestis* 2, 19. – L. 18, § 1, C., *fam. ercisc.* 3, 36. Rappelons à ce propos que le communiste qui a fait des impenses sur la chose commune, la croyant sienne, n'a point l'action *negotiorum gestorum*, ni même rigoureusement l'action *communi dividundo*, mais uniquement le *ius retentionis* qu'il ne peut faire valoir que par une *exceptio doli* (ci-dessus, § 274, note 7). Cependant, comme, dans les actions divisoires, chaque partie est demandeur et défendeur, il est tout simple d'accorder le remboursement de ces impenses (en tant, bien entendu, que la communauté en a réellement profité) dans l'instance de partage. Cela suppose naturellement que celui qui a fait les impenses ait encore qualité pour figurer dans cette instance, c'est-à-dire qu'il soit encore communiste au moment où il voudrait faire valoir sa réclamation. Tel paraît être le sens du Fr. 14, § 1, D., *h. t.*, où il est nécessaire d'intercaler une négative dans la phrase qui commence par les mots *Quæ cum ita sint*, en lisant : « nomine NE utile », au moyen d'une gémination (t. I, § 57, note 4), ou bien : « iudicium NON dari debere », en intercalant la particule NON. De cette façon, notre phrase, combinée avec ce qui précède, donne le sens suivant : « Si je suis encore communiste, je puis réclamer les impenses dans l'instance de partage. Par contre, si j'ai aliéné ma part, cette faculté ne m'appartient plus, à moi, mais à l'acheteur, et il ne me servira de rien que la communauté subsiste encore. » Cette interprétation est certes quelque peu forcée ; mais il est plus que difficile d'expliquer autrement ce texte d'une rédaction peu correcte.

[35] Fr. 6, pr. § 1. 2. 3. 12. Fr. 11. 14, pr. § 1. Fr. 29, D., *h. t.* – Fr. 34, D., *pro socio* 17, 2. – L. 18, § 1, C., *fam. ercisc.* 3, 36.

[36] Fr. 17, pr. D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. — Fr. 18, § 6. 7. Fr. 25, § 14. 15, Fr. 52, § 2, D., *fam. ercisc.* 10, 2. Cf. Fr. 44, § 8, D., *eodem*. — Fr. 8, § 3. 4. Fr. 9. 15, D., *h. t.* — Fr. 27, § 8, D., *de peculio* 15, 1. — Fr. 78, § 2, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Si l'avantage ou la décharge que nous avons procuré à notre coïntéressé a un caractère purement personnel, il n'y a pas lieu à l'action en partage, mais à l'*actio negotiorum gestorum*. Fr. 40, D., *de neg. gestis* 3, 5, et Fr. 6, § 7, D., *hoc titulo*, combinés avec Fr. 6, § 12, D., *eodem*. « Ita demum hoc verum esse, *si interfuit ædium* hoc fieri », et L. 3, C., *de neg. gestis* 2, 19.

[37] Fr. 3, pr. D., *h. t.* « ... sive quid eo nomine aut *abest* alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi ». – Fr. 19, pr. D., *de noxal. act.* 9, 4. — Cf. ci-dessus, § 226, note 9.

[38] Fr. 6, § 1. Fr. 11, D., *hoc titulo*. — Cf. Fr. 14, § 1, D., *eodem*. « ... etiam manente rei communione... »

[39] Voir ci-dessus, § 226, note 34 et § 229, note 5. Mais pour les prestations personnelles il

chef, bien que les associés aient l'intention de continuer la société [40]. — Il est du devoir du juge de prendre les mesures nécessaires (parmi lesquelles figure en premier lieu l'imposition de cautions [41]) à l'effet d'assurer l'exécution du jugement et de rendre efficaces les obligations auxquelles le jugement peut donner naissance [42]. — Le partage judiciaire, comme toute autre chose jugée, est obligatoire pour les parties qui sont intervenues dans l'instance [43], et ne peut être attaqué que par la voie de la restitution en entier [44].

C) † Quant à l'*actio finium regundorum,* elle n'est pas, à proprement parler, une action en partage de choses communes ; car il s'y agit plutôt de déterminer les bornes de deux fonds qui ne sont pas communs, mais dont les limites se trouvent confondues [45]. Déjà la loi des Douze Tables statuait que des contestations de ce genre seraient jugées par trois arbitres [46]. Les anciens distinguaient à cet égard une *controversia de fine* lorsque la contestation ne roulait que sur les *quinque pedes* qui servaient de limites [47], et une *controversia de loco* lorsque la confusion s'étendait au

peut y avoir concours électif entre l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo.* Fr. 4, § 3. Fr. 8, § 2. Fr. 11. 20. 28, D., *h. t.;* Fr. 38, § 1. Fr. 43, D., *pro socio* 17, 2, et ci-dessus, § 226, note 34.

[40] Notamment pour partager un gain réalisé, quand le contrat en admet le partage avant la dissolution de la société. Fr. 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 43, D., *pro socio* 17, 2.

[41] Fr. 16, pr. Fr. 19. 20, § 2. 5. Fr. 25, § 10. 13. 21, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 10, § 2, D., *h. t.* 10, 3. — L. 14, C., *fam. ercisc.* 3, 36. — Cf. ci-dessus, note 17.

[42] Particulièrement l'obligation de garantie du chef d'éviction. Fr. 25, § 21, D., *fam. ercisc.*, 10, 2. – Fr. 10, § 2, D., *h. t.* – Fr. 34, § 1. Fr. 66, § 3, D., *de evictionibus* 21, 2. – L. 14, C., *fam. ercisc.* 3, 36. – Cf. ci-dessus, note 15. — Il faut compter parmi ces mesures les dispositions à prendre concernant les actes et documents relatifs aux droits compris dans la communauté. Il va de soi que chaque copartageant doit avoir les titres particuliers aux objets qui lui sont attribués; quant aux documents qui se rapportent à des propriétés et créances divisées ou qui, à un autre titre, présentent un intérêt commun, la loi trace les règles à suivre aux Fr. 4, § 3. Fr. 5. 8, pr. D., *fam. ercisc.* 10, 2. Cf. Fr. 6, D., *de fide instrumentorum* 22, 4; L. 5, C., *communia utriusque iudicii* 3, 38.

[43] *Voy.* t. I, § 69, notes 1-4, et Fr. 36, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Cf. ci-dessus, note 16.

[44] Fr. 57, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – L. 2, C., *si adversus transact. vel divisionem in integrum minor restitui velit* 2, 32.

† Titt. D., *finium regundorum* 10. 1 ; Th. C., *eodem* 2, 26; I. C., *eodem* 3, 39. — *Voy.*, pour les renseignements historiques DE VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten,* t. III, § 658, et M. WALTER, *Gesch. des R. R.*, §§ 772. 773. Cette partie de l'ouvrage de M. Walter se trouve dans la traduction que M. LABOULAYE a publiée sous le titre : *Histoire de la procédure civile chez les Romains,* p. 114-121, et dans l'*Appendice* que M. ÉTIENNE a ajouté à sa traduction du *Traité des actions* de ZIMMERN.

[45] *Voy.* cependant ci-après, notes 58. 59.

[46] Une loi *Mamilia* paraît avoir réduit ce nombre à un seul arbitre. CIC., *de legibus* I, 21. – *Gromatici veteres,* p. 144 (p. 8 Goës.).

[47] Cette limitation dépendait entièrement du bon plaisir des particuliers intéressés et n'avait rien de commun avec le *limes* officiel, tracé à l'occasion d'un mesurage public. *Gromatici veteres,* p. 138 (p. 4 Goës.). « Res est voluntaria... » – *Ibidem,* p. 140. 150. 155. 161. (5. 13. 15 in f. 22 Goës.). – Fr. 11, D., *h. t.* – L. 2, C., *eodem.*

delà de cet espace [48]. La décision dans les *controversiæ de fine* [49] était abandonnée aux *agrimensores,* qui n'avaient à examiner la question qu'au point de vue technique afin de déterminer les limites, sans tenir compte des prétentions que les parties pourraient fonder sur une possession quelconque [50]. La *controversia de loco*, au contraire, pouvait présenter des questions de droit et particulièrement d'usucapion; elle était par suite soumise au juge ordinaire qui, au reste, pouvait naturellement avoir recours aux lumières d'un arpenteur-expert [51]. Cette distinction existait encore du temps de Constantin [52]. Valentinien II l'abolit, en attribuant ces affaires exclusivement aux *agrimensores;* mais nous la retrouvons dans une constitution postérieure de Théodose II [53]. Enfin dans la compilation de Justinien, toutes ces contestations sont soumises à la juridiction ordinaire; l'ancienne organisation a cependant laissé cette trace que les *quinque pedes,* qui autrefois étaient du ressort des *agrimensores,* sont encore, dans le droit nouveau, exemptés de l'usucapion ordinaire, et que le juge, en ce qui les concerne, ne peut avoir égard qu'à la prescription trentenaire [54]. — L'*actio finium regundorum*, comme nous l'avons déjà fait observer, n'est pas, à proprement parler, une action en partage de choses communes. Il s'y agit plutôt de régler les bornes de deux fonds qui ne sont pas communs, mais dont les limites se trouvent confondues. Cependant comme elle présente, sous le rapport de la procédure, de grandes analogies avec les deux vraies actions en partage, et que notamment elle peut contenir une adjudication, élément exclusivement propre

[48] Cic., *de legibus,* I, 21. — *Gromatici veteres,* p. 9 sq. (39 Goës.).

[49] Ces *controversiæ* étaient considérées dans les premiers temps plutôt comme des disputes, *iurgia,* que comme de vraies actions. Nonius Marcellus, V, 35 (ed. Gothofr. col. 726, 39). « *Iurgium* et *Lis* hanc habent distantiam, quod iurgium levior res est. Siquidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio *iurgium* dicitur : inter inimicos dissensio *lis* appellatur. M. Tullius de Rep. libro IV. « Admiror nec rerum solum sed verborum etiam elegantiam. Si iurgant, inquit, benevolorum concertatio non lis, inimicorum iurgium dicitur. Et in sequenti : Iurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare. » — Varron, *de lingua latina,* VII, 93 (VI, 5. p. 57, 17 Gothofr. — p. 98 Bipont.) — Sénèque, *fragm. Palat.* « Familiæ iurgium non iudicem, sed arbitrum quærit. » — Fr. 57, D., *fam. ercisc.* 10, 2. Cf. *Vaticana fragm.* 294 *in fine.*

[50] Les *quinque pedes* étaient, en effet, exempts de l'usucapion. Cic., *de legibus* I, 21. — *Gromatici,* p. 12, 15. 126, 3 (53 Goës.). — *Consultatio veteris icti,* IX, 4 *a.* — L. 4, Th. C., *h. t.* — Cf. t. I, § 95, note 16; § 110, note 10; § 111, note 4; § 113, note 8.

[51] *Gromatici*, p. 130 (53 in f. Goës.). « Constabit tamen rem magis esse iuris quam nostri (agrimensorum) operis : quoniam sæpe usu capiuntur loca quæ biennio possessæ fuerint. » Cf. *ibidem,* p. 23 sq. (43 Goës.). « De aquæ pluviæ transitu controversia est, in qua si collectus pluvialis aquæ transversum secans finem alterius fundi influit et disconvenit, ad ius ordinarium pertinebit. Quod si per ordinationem finis ipsius agitur, exigit mensoris interventum. »

[52] L. 3, Th. C., *h. t.* « Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum... esse constiterit; cum de maiore spatio causa quædam, non finalis, sed proprietatis, apud ipsum præsidem debeat terminari... »

[53] L. 4. 5, Th. C., *eodem.*

[54] L. 5. 6. 9, C., *h. t.* — L. 1, § 1, C., *de annali except.* 7, 40. — *Voy.* aussi t. 1, § 114, n° 1.

à ce genre d'actions, les Romains la font toujours figurer dans cette catégorie. — L'action suppose une contestation, concernant les bornes de deux ou plusieurs *prædia rustica* contigus [55], contestation qui, au reste, peut exister sans qu'il y ait une usurpation quelconque, par exemple, ensuite d'une confusion tout accidentelle des limites [56]. Elle peut être intentée par le propriétaire de l'un des fonds contigus ou par ceux qui y ont un *ius in re,* contre le propriétaire de l'autre fonds [57]. Elle tend à obtenir le règlement des bornes, qui se fera autant que possible de manière à rétablir les anciennes limites [58]. Pourtant le juge peut, s'il le trouve nécessaire ou convenable, en tracer de nouvelles; la loi l'autorise même, lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens de sortir de la confusion, à diviser les parties confondues et à en attribuer les parts par adjudication aux plaideurs, auquel cas la procédure prend le caractère d'une véritable action en partage. Aussi le jugement peut-il condamner l'une ou l'autre des parties à la restitution des fruits indûment perçus et à la réparation de tout dommage causé [59].

Il nous reste à traiter de quelques particularités qui se rencontrent dans les actions en partage.

Sans nous arrêter à l'*adiudicatio* dont nous avons suffisamment parlé [60], nous avons d'abord à rappeler que les actions en partage sont des *iudicia duplicia*, c'est-à-dire que chacune des deux parties peut y avoir le rôle de demandeur et le rôle de défendeur. C'est même une nécessité dans ces actions, car il est évident que l'un des copartageants ne peut obtenir la propriété exclusive de la part qui lui est adjugée, qu'en perdant son droit de copropriété dans les parts adjugées aux autres, ou en s'obligeant à une prestation équivalente, et *vice versâ* [61]. Il est donc au fond indifférent de considérer comme demandeur l'une des parties plutôt que

[55] Elle s'applique aux jardins contigus, mais point aux maisons. Fr. 2, pr. Fr. 4, § 8. 10. 11. Fr. 5. 6, D., *h. t.*

[56] Fr. 2, pr. § 1. Fr. 4. 8. 10. 11. Fr. 5. 8, D., *h. t.*

[57] Fr. 4, § 5, D., *eodem.* — Si l'action est intentée du chef d'un *ius in re,* le jugement profite également *ipso facto* aux propriétaires, *quoniam magis fundo quam personis adiudicari fines intelliguntur.* Arg. Fr. 4, § 5, D., *eodem.*

[58] Paul, I, 16. — § 6, I., *de officio iudicis* 4, 17. — Fr. 2, § 1. Fr. 3, pr. § 1. Fr. 4, pr. Fr. 11. 12, D., *h. t.* — L. 3, C., *eodem.*

[59] § 6, I., *cité.* — Fr. 56, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 4, pr. § 1, D., *h. t.* — Fr. 4, § 2, D., *eodem.* « Post litem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio : nam et culpa et dolus exinde præstantur. Sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient : aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, si eos consumsit; aut mala fide, et condici oportet. » — Fr. 4, § 3. 5. Fr. 7. 8, D., *eodem.*

[60] *Voy.* ci-desssus, note 18, et t. I, § 44, n° 4; §§ 109. 141.

[61] § 20, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 10, D., *fin. reg.* 10, 1. — Fr. 2, § 3. Fr. 44, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 3, § 1. Fr. 29, § 4, D., *comm. divid.* 10. 3. — Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44. 7. — Cf. ci-dessus, t. I, § 53, II.

l'autre [62]. — Il est à peine nécessaire de dire que les *iudicia divisoria* appartiennent à la catégorie des *bonæ fidei actiones* [63].

D'après un passage des Institutes, les actions en partage seraient des actions mixtes, en ce sens qu'elles tiendraient le milieu entre les *actiones in rem* et les *actiones in personam* [64]. Cette assertion de Justinien est d'abord incompatible avec la nature même de la division en *actiones in rem* et *in personam*, division qui évidemment épuise toute la matière des actions et ne laisse point de place à une classe intermédiaire. Ensuite elle est en contradiction avec plusieurs textes très-positifs de nos lois [65]. Ce qui a donné lieu à l'erreur de Justinien, c'est probablement la circonstance que le jugement dans les *iudicia divisoria* est attributif de propriété pour les copartageants [66]. Or, comme la propriété est un droit réel, on a pensé qu'une action qui avait pour effet d'attribuer à une partie le droit de propriété devait avoir un caractère réel; et comme le caractère personnel des actions était incontestable, on a été aisément amené au mixte. Un examen plus soigneux démontre cependant d'une manière irrésistible que nos actions sont de leur nature exclusivement personnelles. Elles le sont d'abord par leur cause et par leur origine, car elles sont fondées sur les rapports obligatoires qui existent entre les communistes; ensuite elles le sont par leur direction, car elles sont données contre une personne qui

[62] Fr. 10, D., *finium regundorum* 10, 1. – Fr. 44, § 4, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. « Qui familiæ erciscundæ et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt, et rei : et ideo iurare debent non calumniæ causa litem intendere... » – Fr. 13, D., *de iudiciis* 5, 1 (Fr. 2, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3). « In tribus istis duplicibus iudiciis... quæritur, quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur? Sed magis placuit, eum videri actorem qui ad iudicium provocassit. » Malgré la parité de position des deux parties, il se peut cependant que, dans un cas donné, la condition du défendeur soit plus avantageuse. Ainsi le demandeur doit, sans aucun doute, prouver qu'il a le droit qui lui donne qualité pour agir en partage, tandis que pareille preuve n'incombe jamais au défendeur à qui l'adversaire reconnaît implicitement cette qualité par cela seul qu'il dirige l'action contre lui (Fr. 13, D., *de iudiciis*) Fr. 2, § 1, D., *comm. dividundo*, ci-dessus : « ... Sed magis placuit, eum videri actorem qui ad iudicium provocassit ». – Fr. 1, § 1. Fr. 36. 37. 51, § 1, D., *fam. ercisc.* 10, 2.

[63] § 28, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 47, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – L. 9, C., *eodem* 3, 36. – Fr. 4, § 2. Fr. 14, § 1. Fr. 24, pr. D., *comm. divid.* 10, 3. — Cf. ci-après, note 65 et ci-dessus, note 46; § 194, notes 22-25; ainsi que t. I, nº 96 et § 43, nº 2.

[64] § 20, I., *de actionibus* 4, 6. « Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. Qualis est *familiæ erciscundæ*..., item *communi dividundo*..., item *finium regundorum*... » Ulpien les appelle également *mixtes*, mais dans un autre sens, le mot pris comme synonyme de *iudicium duplex*, Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. — *Voy.* aussi, sur cette question, t. I, § 50, III.

[65] Fr. 1, D., *finium regundorum* 10, 1. « Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. » – Fr. 22, § 4, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 4, § 2, D., *comm. dividundo* 10, 3. « Hoc iudicium bonæ fidei est.... » Cf. note 63. – L. 1, § 1, C., *de annali exc.* 7, 40, ci-après, note 72.

[66] Encore cela n'a-t-il pas toujours lieu; car il peut arriver que le juge attribue à l'un des copartageants la chose entière et à l'autre une créance à charge de la partie adverse, etc. *Voy.* ci-dessus, les notes 26 sqq.

est toujours déterminée d'avance par le lien obligatoire de la communauté [67]. Enfin elles sont personnelles par le but auquel elles tendent. C'est, en effet, non pas le maintien de leur droit, mais au contraire la cessation des rapports de droit existants, que les parties poursuivent dans ces jugements [68]. A ce point de vue, la circonstance qui a fait considérer nos actions comme mixtes prouve précisément qu'elles ne participent en rien de la nature de la revendication ; car cette action suppose un droit de propriété existant, et non pas un droit de propriété à acquérir [69].

On a prétendu que les actions en partage étaient imprescriptibles. C'est un malentendu. Le droit de demander le partage subsiste, à la vérité, toujours, quel que soit le temps pendant lequel la communauté a existé [70]. Mais l'action en partage, c'est-à-dire la poursuite des droits et obligations qui résultent de la communauté, est prescriptible comme toute autre action. Seulement, comme dans les autres actions, la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où l'action est née [71]. Or, tant que la communauté subsiste sans contestation, il n'y a non-seulement point de lésion, mais par le fait même de la communauté il y a reconnaissance du droit de chaque communiste. L'action en partage n'a donc pas encore pris naissance, et il ne saurait être question de prescription. Mais si l'une des parties lésait les droits de la communauté, par exemple, en usurpant comme propre une partie de la chose commune ou en refusant de contribuer aux impenses, l'action serait née et la prescription prendrait cours à partir de ce moment [72].

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN DÉLIT †.

§ 279.

Nos sources mentionnent quelques espèces d'obligations comme présentant une certaine analogie avec les obligations qui naissent d'un délit.

[67] Les deux propositions du texte résultent de l'ensemble des dispositions légales. Nous citerons encore le Fr. 30, D., *communi dividundo* 10, 3. « Communi dividundo iudicio recte agi, sive neuter possideat, sive alter sociorum fundum non possideat. »

[68] Cf. tome I, § 50, note 12.

[69] *Voy.* t. I, § 118, B, et comparez, par analogie, ce que nous avons dit au § 79.

[70] Arg. Fr. 14, § 2, D., *communi dividundo* 10, 3. — L. 5, C., *eodem* 3, 37.

[71] *Voy.* tome I, § 59, n° 1.

[72] Cette solution, fondée en raison, se trouve consacrée par deux constitutions de Justinien. L. 1, § 1, C., *de annali exceptione* 7, 40. « ... Iubemus, omnes personales actiones... triginta annorum spatiis concludi... Nemo itaque audeat, neque actionis familiæ erciscundæ, neque finium regundorum... neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari : sed ex quo ab initio competit et semel nata est... post memoratum tempus finiri... » — L. 6, C., *finium regundorum* 3, 39. — La *præscriptio* dont parle la L. 5, C., *eodem* (L. 4, Th. C., *eodem* 2, 26) est la prescription acquisitive *longi temporis*. Cf. ci-dessus, notes 53 et 54.

† Tit. I., *de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur* 4, 5.

L'énumération que Justinien en fait n'est rien moins que logique, car, d'un côté, elle contient des espèces qui n'ont rien de commun avec les délits, tandis que, de l'autre, plusieurs faits qui participent évidemment de la nature des délits n'y sont point compris. Quelques auteurs, mus par le désir de donner une base rationnelle à la division romaine, ont imaginé que les espèces, présentées par les Romains comme faisant naître une obligation *quasi ex delicto*, différaient des délits en ce que ces derniers supposaient de la part de l'agent une intention criminelle, *dolus*, tandis que cette intention serait exclue dans les obligations qui naissent comme d'un délit. C'est une erreur. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que le *damnum iniuria datum* constitue un délit quand même il aurait été causé par la faute la plus légère, tandis que la prévarication du juge est traitée par Justinien au titre *des Obligations qui naissent comme d'un délit*. Quoi qu'il en soit, nous exposerons rapidement les quatre cas qui sont mentionnés dans ce titre, en nous réservant de traiter ci-après de diverses autres obligations qui n'ont point trouvé place dans le système de Justinien.

1° Le juge qui se laissait corrompre était frappé par la loi des Douze Tables d'une peine capitale [1]. Plusieurs autres lois criminelles s'occupaient du même délit, mais nous n'avons ici à envisager que le côté civil de la question. A cet égard, le droit romain statue que le juge qui juge mal, soit par dol, soit par faute lourde, fait le procès sien, *litem suam facit*, c'est-à-dire que la partie qui en a éprouvé un préjudice peut le poursuivre par une *actio in factum* en payement de dommages-intérêts [2].

2° Si des corps durs ou des matières liquides sont jetés d'un appartement et ont causé un dommage à quelqu'un, il y a sans doute lieu à intenter l'*actio legis Aquiliæ*. Mais comme il est souvent difficile de découvrir l'auteur du fait, le préteur a créé une *actio de effusis et deiectis* contre celui ou ceux qui habitent l'appartement d'où l'on a jeté. Plusieurs sont tenus *in solidum*, l'habitant innocent ayant un recours contre les coupables [3]. L'action fait obtenir le double du dommage éprouvé [3]. Si le fait a

[1] Aulu-Gelle, XX, 1, 7. — Cf. Fr. 1, § 1, D., *ad legem Corneliam de sicariis* 48, 8, et L. 2, C., *de pœna iudicis qui male iudicavit* 7, 49.

[2] Gaius, IV, 52. — Pr. I., *h. t.* — Fr. 15. 40, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 4, § 4, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 6, D., *de extraord. cognit.* 50, 13. — Macrobe, II, 12. — L'action ne se donne point contre les héritiers, Fr. 16, D., *de iudiciis* 5, 1.

[3] § 1. 2, I., *h. t.* — Fr. 15, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 5, § 5. 6, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Tit. D., *de his qui effuderint vel deiecerint* 9, 3, particulièrement les passages suivants : I, § 4 sqq. « Hæc in factum actio in eum datur qui inhabitat..., non in dominum ædium : culpa enim penes eum est. 9. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia ibi non habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dedit. Multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem. 10. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis hæc actio dabitur. 11. Cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset. III. Et quidem in

causé la mort d'un homme libre, l'action peut être intentée par tout citoyen et tend au payement d'une peine de cinquante écus d'or [4].

3° L'*actio de positis et suspensis* se donne contre celui qui a posé ou suspendu sur la voie publique des objets qui peuvent, en tombant, causer un dommage. Elle est *popularis* et tend au payement d'une amende de dix écus d'or [5].

4° *Actio de recepto contra nautas, caupones, stabularios* [6]. Le batelier et l'aubergiste [7], qui se chargent de la garde des effets et équipages qu'ils reçoivent dans leur bateau ou dans leur auberge, sont tenus de toute faute, en ce qui concerne l'obligation qu'ils ont contractée en louant leurs services [8]. Mais quand même aucune convention ne serait intervenue [9], ils n'en répondent pas moins de tout dommage, par cela seul que les effets et équipages sont entrés dans le bateau ou dans l'auberge [10]. Pour donner efficacité civile à cette responsabilité, le préteur a créé une *in*

solidum. Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur IV. perceptione, non litis contestatione; præstaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei, qui solvit. V, pr. Si vero plures, diviso inter se cœnaculo, habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est. VII. Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, læsum fuerit, iudex computat mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt, præterea operarum quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æstimatio : *quia liberum corpus nullam recipit æstimationem.* » — Pour la solidarité, *voy.* les Fr. 1, § 10. Fr. 2. 3. 4, D., *cités*, et ci-dessus, § 186, notes 11. 30. 36. 37.

[4] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Prætor ait : ... Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. (Cf. Fr. 1, § 5, D., *eodem*). Si vivet, nocitumque ei esse dicetur *rel.* Cf. Fr. 1, § 6. Fr. 7, D., *eodem*, à la note précédente.

[5] § 1, I., *h. t.* — Fr. 5, § 6 sqq., D., *de his qui effuderint vel deiecerint* 9, 3. — Juvénal donne une description humoristique des dangers auxquels les habitants de Rome se trouvaient exposés par les *posita* et *suspensa*, dans les vers 268 et suivants de la satire troisième, qui a servi de modèle à Boileau.

[6] § 3, I., *h. t.* — Tit. D., *nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant* 4, 9. — Tit. D., *furti adversus nautas, caupones, stabularios* 47, 5.

[7] Fr. 1, § 2. 5, D., *nautæ, caupones* 4, 9. « *Nautam* accipere debemus eum qui navem *exercet....* 5. *Caupones* autem et *stabularios* æque eos accipiemus qui cauponam vel stabulum *exercent....* » — Fr. 5, pr. D., *eodem.*

[8] Fr. 3, § 1, D., *nautæ, caupones* 4, 9. « .... Si quidem merces intervenerint, *ex locato vel conducto....* Sed si gratis res susceptæ sint, ... *depositi* agi.... » Cf. Fr. 55, pr. Fr. 60, § 6, D., *locati* 19, 2, et ci-dessus, § 216, note 17; § 218, note 12.

[9] L'obligation est donc *quasi ex contractu* (*voy.* ci-après, notes 10-12. 14. 15, et ci-dessus, § 273, note 4); et c'est à tort qu'on a voulu lui trouver un caractère conventionnel à cause du Fr. 1, § 1, D., *nautæ, caupones* 4, 9, où Ulpien dit : « Nam est in eorum arbitrio *ne quem recipiant.* » Ces mots veulent tout simplement dire que nul n'est forcé de se faire batelier ou aubergiste; mais les personnes qui exercent ces professions sont *tenues* de recevoir les *vectores* et les *viatores.* Fr. un., § 6, D., *furti adversus nautas* 47, 5.

[10] Aucune déclaration n'est requise de la part du passager. Fr. 1, § 8, D., *nautæ, caupones* 4, 9. « ... et si non sint adsignatæ, hoc tamen ipso quod in navem missæ sint, receptæ videntur. » — Fr. 1, § 7, D., *eodem.* « Item... parvi referre res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit, salvas esse... » — Cf. Fr. 1, § 41, D., *depositi*, 16, 3, et ci-dessus, § 239, note

factum actio en restitution des objets reçus [11], action à laquelle le défendeur ne peut se soustraire qu'en prouvant que les objets sont péris ou ont été détériorés par un cas de force majeure qui ne peut lui être imputé en aucune façon [12]; et, à cet égard, il est à remarquer que le batelier et l'aubergiste répondent non-seulement du fait de tous les gens qu'ils emploient, mais même du fait des passagers et des hôtes qui séjournent dans le bateau ou dans l'auberge [13]. L'action tend au double et acquiert ainsi un caractère pénal, quand le dommage a été causé par le délit d'une personne employée par le batelier ou l'aubergiste [14]. Cette action pénale concourt électivement avec les actions de vol, de la loi *Aquilia* et *de dolo* contre le vrai coupable [15].

DE DIVERSES AUTRES OBLIGATIONS.

§ 280. *De l'obligation de fournir des aliments* †.

L'obligation de fournir des aliments à une personne peut naître d'une disposition de dernière voloté, d'une convention, même accidentellement d'un délit [1]. Ces hypothèses ont trouvé ou trouveront leur place aux

[11] Cette action naît *quasi ex contractu* (ci-dessus, note 9) et se donne par conséquent *in heredem*. Fr. 3, § 1, D., *nautæ, caupones* 4, 9. Il en est autrement de l'action pénale, dont il sera parlé ci-après, aux notes 14. 15, et que Gaius et Justinien considèrent comme naissant *quasi ex delicto*.

[12] Fr. 1, pr. D. Ait Prætor : NAUTÆ, CAUPONES, STABULARII, QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO... — Fr. 3, § 1, D., *eodem*. « ... Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles? Nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato et conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur; at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigerit. Inde Labeo scribit : si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, aut damnum datum sit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit. » — Fr. 5, D., *eodem*. — Cf. L. 2, C., *de naufragiis* 11, 5.

[13] Fr. 1, § 2. 8. Fr. 2. 3, pr. D., *nautæ, caupones* 4, 9. Les Fr. 6, § 3, D., *eodem* et Fr. un. § 6, D., *furti adversus nautas* 47, 5, se rapportent à l'action pénale. — Le batelier et l'aubergiste peuvent cependant se mettre à l'abri de cette responsabilité étendue, s'ils font à ce sujet une convention expresse avec les passagers. Fr. 7, pr. D., *nautæ, caupones* 4, 9. « ...Si *prædixerit*, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se præstaturum, et *consenserint vectores prædictioni*, non convenitur. » Il faut combiner ce texte avec Fr. 60, § 6, D., *locati* 19, 2.

[14] (§ 3, I., *h. t.*) GAIUS, libro III *Aureorum*. Fr. 5, § 6, D., *de obl. et actionibus* 44, 7. — Fr. 6. 7, D., *nautæ, caupones* 4, 9. « VII, § 6. Hæc iudicia, quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt... » — Tit. D., *furti adversus nautas* 47, 5.

[15] Fr. 3, § 5. Fr. 6. 7, D., *nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant* 4, 9.

† Tit. D., *de adgnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Tit. C., *de alendis liberis et parentibus* 5, 25.

[1] *A*) Tit. D., *de alimentis legatis* 34, 1, et ci-après, t. III, § 430. — *B*) L. 8, C., *de rerum permutatione* 4, 64. — L. 1, C., *de donationibus sub modo* 8, 55, et ci-dessus, § 256, note 34. — *C*) Fr. 7, D., *de his qui effuderint* 9, 3, et ci-dessus, § 279, note 3.

endroits où nous traitons des faits qui sont la source de l'obligation dont il s'agit. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'obligation établie par la loi.

L'obligation légale de fournir des aliments repose sur des rapports de parenté et de patronat. Les rapports de patronat seront exposés dans le titre du droit de famille qui traite de la puissance du maître sur l'esclave [2]. L'obligation, basée sur les rapports de famille ne se trouvait point inscrite dans la loi primitive des Quirites. Dans les premiers temps, le père de famille avait le droit de disposer de ses enfants comme bon lui semblait, par suite aussi celui de les abandonner. Les empereurs cherchèrent à réagir contre cet atroce abus, sans que nous trouvions pourtant aucune loi qui l'eût défendu sous sanction pénale [3]. Cependant, même à l'époque où l'abandon des enfants nouveau-nés était pleinement toléré, on avait reconnu aux enfants conservés le droit d'exiger des aliments de leurs parents [4]. L'obligation de fournir des aliments aux enfants légitimes était imposée en premier lieu au père, subsidiairement à la mère et aux ascendants paternels [5]; en cas d'extrême besoin, elle passait aux héritiers de ces personnes [6]. Le devoir était, au reste, réciproque et incombait également aux enfants à l'égard de leurs parents et autres ascendants [5]. La parenté purement naturelle (illégitime) ne créait d'obligation qu'entre les enfants d'une part, et la mère et les ascendants maternels d'autre part [7]; cependant Justinien accorde aux enfants naturels proprement dits le droit d'exiger des aliments de leur père et même de leurs frères et sœurs légitimes [8].

Pour faire valoir le droit légal aux aliments, il n'y a point d'action régulière; il faut recourir à une *extraordinaria cognitio*, ce qui implique un pouvoir arbitraire du juge dans l'appréciation de la demande qui lui est soumise [9]. En thèse générale, la prestation des aliments comprend,

[2] *Voy.* ci-après, t. III, § 337.

[3] *Voy.* ci-après, t. III, § 326.

[4] Et ce sans distinction entre la parenté civile, dite agnation, et la simple cognation. Fr. 5, pr. § 4, D., *h. t.* – L. 8, § 5, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — Pour la parenté purement naturelle ou illégitime, *voy.* ci-après, notes 7, 8.

[5] Fr. 5, pr. § 1-17. Fr. 8, D., *h. t.* – L. 1. 2. 3. 4, C., *eodem.* – L. 8, § 5, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. – *Novelle* 117, c. 7.

[6] Fr. 5, § 17, D., *h. t.* — On dit fréquemment qu'en cas de besoin, frères et sœurs sont légalement tenus de se fournir des aliments. Mais les textes qu'on invoque à l'appui de cette thèse se bornent à dire qu'en alimentant nos frères et sœurs nous remplissons un devoir moral et que les dépenses faites à cette occasion sont pleinement justifiées. Fr. 73, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 20, D., *soluto matrimonio* 24, 3.– Fr. 12, § 3. Fr. 13, § 2, D., *de administr. tutorum* 26, 7. – Fr. 4, D., *ubi pupillus educari vel morari debeat* 27, 2. – Fr. 1, § 2, D., *de tutelæ actione* 27, 3. – *Novelle* 89, c. 12, § 6. — Pour les époux, *voy.* ci-après, t. III, §§ 308. 309.

[7] Fr. 5, § 4. 5. Fr. 8, D., *hoc titulo.*

[8] *Novelle* 89, c. 5. 12, § 4. 6, et ci-après, t. III, § 324.

[9] Fr. 5, § 7. 10. 11. 12, D., *h. t.* Cf. Fr. 5, § 19. 25. 26, D., *eodem.*

dans notre matière [10], tout ce qui est nécessaire à la vie physique et intellectuelle : la nourriture, le logement, le coucher, le vêtement, les soins réclamés par la santé, l'éducation [11]. Mais il est naturel qu'ils ne soient accordés que dans la proportion des besoins de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui doit les fournir [12]. Il s'ensuit, d'une part, que le jugement dans notre action n'a point le caractère immuable de la chose jugée ordinaire et, d'autre part, que, dans le cas où l'obligation incombe à plusieurs, le juge peut répartir la prestation de la manière la plus variée et même l'imposer à un seul des défendeurs [13]. — Les aliments peuvent être refusés au demandeur qui s'est rendu coupable de torts graves envers le parent auquel il adresse sa réclamation [14].

§ 281. *De la loi* Rhodia de iactu †.

Le droit maritime des Rhodiens [1] consacrait le principe d'équité que le dommage qui résulte de ce que des marchandises ont été jetées en mer pour alléger un navire, doit être partagé par tous ceux qui avaient intérêt

[10] En matière de legs, on prend le mot aliments, *alimenta* ou *alimonia* dans un sens moins étendu. *Voy.* ci-après, t. III, § 430. — L'appréciation de l'étendue du mot dans les conventions alimentaires dépend des termes par lesquels les parties ont exprimé leur intention. Dans le doute, il faut bien admettre l'interprétation légale.

[11] « Victus, cibaria; vestis, vestitus, vestiarium; habitatio; stramenta; corporis ferendi curandive et valetudinis impendia; quæ ad studia et disciplinam pertinent. » Fr. 43. 44. 234, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. Fr. 45, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 5, § 12, D., *h. t.* — Fr. 6, § 5, D., *de Carboniano edicto* 37, 10. — Cf. Fr. 6 in f. Fr. 7, D., *de alimentis legatis* 34, 1.

[12] Fr. 5, § 7. 10. 11. 12. 13, D., *h. t.* Cf. Fr. 5, § 19. 25. 26. Fr. 9, D., *eodem.* — L. 2, C., *eodem.* — L. 8, § 5, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61.

[13] Arg. Fr. 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. « Solent iudices, ex causa alimentorum, libertos dividere, quotiens sunt plures heredes, ne a singulis minutatim alimenta distringantur; quam divisionem perinde tueri oportet, atque si paterfamilias ipse libertos divisisset. Solent et unum eligere per quem alimenta præstentur, aut ex voluntate, aut arbitrio suo, ut Rescripta subiecta demonstrant » (suit le texte de deux rescrits qui servent d'explication à l'exposé du jurisconsulte et qui démontrent surabondamment que cette faculté laissée au juge n'imprime à l'obligation aucun caractère de corréalité ou d'indivisibilité. Mais rien ne s'oppose à ce que ce caractère soit donné à l'obligation alimentaire, quand elle est créée par convention ou par testament. Cf. ci-dessus, § 186, note 8; § 192, note 25, et ci-après, t. III, § 430.

[14] Fr. 5, § 11, D., *hoc titulo.* — L. 4, C., *eodem.*

† Tit. D., *ad legem Rhodiam de iactu* 14, 2.

[1] Les Rhodiens avaient, dans les trois derniers siècles avant l'ère chrétienne, la puissance navale la plus considérable de la Méditerranée. A ce titre, leur droit dut naturellement exercer une grande influence sur la législation maritime des autres nations riveraines et même sur celle des Romains. Le peuple romain avait, d'ailleurs, presque toujours eu les meilleures relations avec les Rhodiens. Leur conduite indécise dans la guerre contre Persée avait, à la vérité, indisposé le sénat contre eux, mais ils finirent par obtenir leur pardon. Depuis lors, l'amitié dura sans nuage jusqu'à ce que l'île fût réduite en province sous Vespasien. Polybe, XXX, 5. — Tite-Live, XXXVII, 54. « Publicum civitatis nostræ (Rhodiorum) hospitium est. » Le même, XLV, 14. 20. 25. — Cic., *pro lege Manilia,* 18. — Aulu-Gelle, VII, 3. — Cf. Fr. 9, D., *h. t.* « ... Respondit Antoninus Eudæmoni : « Ego quidem mundi dominus, Lex autem maris. Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præscripta

à ce que le jet se fît. Ce principe fut reçu et sanctionné par la jurisprudence et la législation des Romains [2].

Pour qu'il soit appliqué, il faut : 1° qu'il y ait eu nécessité de faire le sacrifice à cause d'un danger commun provenant de force majeure [3]; 2° qu'il y ait eu perte réelle des choses jetées, ou détérioration de choses à l'occasion des mesures prises pour sauver le navire et la cargaison [4]; 3° que le sacrifice ait été fait dans l'intention de sauver le navire ou la cargaison [5]; enfin 4° que le navire et les marchandises dont les propriétaires doivent contribuer aient réellement été sauvés du danger [6].

Si les conditions qui précèdent se trouvent réunies, la perte occasionnée par le jet ou le sacrifice se répartit entre tous les intéressés [7] en proportion de leurs parts. Pour déterminer ces parts, on forme une masse comprenant la valeur du navire, les marchandises sauvées et les marchandises jetées. Puis on fait contribuer l'armateur pour la valeur du navire sauvé, les propriétaires des marchandises sauvées pour le prix courant que ces marchandises ont au lieu du déchargement, et les propriétaires des marchandises jetées, sur le pied du prix d'achat [8]. Les munitions de bouche n'entrent point en compte pour la contribution [9].

Pour faire valoir les droits résultant des dispositions de la loi *Rhodia de iactu*, on s'adresse au capitaine ou à l'armateur par le fait desquels le jet a eu lieu [10], et on leur demande par l'*actio conducti* la réparation du dommage causé. Le capitaine et l'armateur peuvent se soustraire à l'ac-

« est, iudicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Hoc idem Divus quoque Augustus « iudicavit. »

[2] Fr. 1, D., *h. t.* « Lege Rhodia cavetur, *ut, si levandæ navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.* » — Fr. 2, pr. § 3, D., *eodem.* « ... Servius (Sulpicius) respondit... 3... Si navis a piratis redemta sit, Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, aiunt. » — Fr. 9, D., *eodem*, ci-dessus, note 1.

[3] Fr. 2, § 2, D., *h. t.* — Fr. 14, pr. D., *de præscr. verbis* 19, 5. « Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione (Cf. Fr. 49, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9. 2). Sed, si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo tenetur. Cf. Fr. 13, § 2, D., *locati* 19, 2. »

[4] Fr. 2, § 7. 8. Fr. 4, § 2, D., *hoc titulo.*

[5] Fr. 2, § 1, D., *h. t.* Les armateurs peuvent exiger la réparation des pertes causées par les mâts coupés, les ancres volontairement abandonnées, etc. Fr. 3. 5, § 1. Fr. 6, D., *h. t.;* mais non pas des choses qui ont péri accidentellement. De même on ne peut exiger le remboursement des marchandises enlevées par des pirates. Fr. 2, § 2, D., *h. t.*, mais bien de celles qui ont été abandonnées aux pirates pour racheter le navire. Fr. 2, § 3, D., *h. t.*, et ci-après, note 12.

[6] Fr. 4. 5, D., *h. t.* — Ces textes contiennent un grand nombre d'applications pratiques de la règle que nous venons d'énoncer.

[7] C'est-à-dire l'armateur, les propriétaires des marchandises sauvées et les propriétaires des marchandises jetées. *Voy.* Fr. 2, D., *h. t.*, et les notes suivantes.

[8] Fr. 2, § 2. Fr. 4, § 2, D., *hoc titulo.*

[9] *Quid* si le jet a eu lieu par le fait d'un autre? Fr. 14, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et les autres textes cités ci-dessus, à la note 3.

[10] Fr. 2, § 6, D., *hoc titulo.*

tion en payant leurs parts, et en cédant pour le reste l'*actio locati* qui leur compète contre les autres intéressés à l'effet d'obtenir leur contribution [11]. D'après les principes du droit nouveau, il faut bien admettre qu'il y a lieu d'intenter une action utile contre tous les intéressés directement, sans qu'il soit besoin de l'intermédiaire du capitaine ou de l'armateur [11].

Le texte de la loi Rhodienne ne parlait que du *jet des marchandises*. Les Romains ont étendu le principe en l'appliquant à d'autres cas analogues, notamment à la détérioration de marchandises, à l'opération de couper les mâts, à l'abandon de marchandises pour racheter le reste des mains des pirates, etc. [12]. Dès lors il paraît conforme à l'esprit de la législation d'admettre d'autres extensions, pourvu qu'il y ait analogie parfaite. Mais en réalité cette analogie parfaite ne se rencontrera que très-rarement, par la raison qu'il se présente peu de cas de danger commun dans lesquels il soit possible de déterminer, avec la précision que le droit exige, les personnes qui étaient intéressées au sacrifice, et la part pour laquelle elles y auraient été intéressées.

§ 282. *Du dommage causé par notre chose, spécialement des actions noxales.*

Nous sommes entièrement responsable du dommage causé par notre chose, quand le fait dommageable peut nous être imputé à faute [1]. Il n'en saurait être de même quand nous sommes étranger à ce fait; pourtant, même dans ce cas, le droit romain admet une certaine responsabilité qui varie d'après la nature de la chose qui a été la cause ou l'instrument du dommage.

† En ce qui concerne le dommage causé par un esclave, la responsabilité du maître varie selon que l'acte dommageable constitue ou non un fait délictueux. Si l'acte n'a aucun caractère délictueux, le maître n'en est tenu qu'en tant qu'il en a tiré quelque profit et jusqu'à concurrence de ce profit, à moins que des rapports contractuels ne l'exposent, dans l'espèce, à une responsabilité plus étendue [2]. Si le dommage a été causé par un délit ou par un fait ayant un caractère délictueux [3], l'action qui

[11] Voir ci-dessus, §§ 188 et 222.

[12] Fr. 4, pr. § 2, D., *h. t.* — Fr. 2, § 1. Fr. 3. 5, § 1, D., *eodem.* — Fr. 2, § 3. Fr. 6. 7, § 2, D., *eodem.*

[1] *Voy.* ci-après, notes 4. 41, et ci-dessus, § 271, notes 19-29.

† Gaius, IV, 75-80. — Paul, I, 15. — Tit. I, *de noxalibus actionibus* 4, 8. — Tit. D., *eodem* 9, 4. — Tit. C., *eodem* 3, 41.

[2] Dans la première hypothèse, il y a lieu à une *condictio sine causa* (Fr. 39, D., *de stipulatione servorum* 45, 3, ci-dessus, § 277, note 45); dans la seconde, à l'action du contrat ou du quasi-contrat. Fr. 24, pr. D., *communi dividundo* 10, 3.

[3] Le principe des poursuites noxales s'applique, en effet, non-seulement aux actions qui

résulte du fait dommageable peut être intentée contre le maître, mais celui-ci a la faculté d'éviter [4] la condamnation et même de prévenir toute poursuite, en abandonnant l'esclave coupable [5], ce qu'on appelle *noxæ dare* ou *dedere* [6]. Cette faculté équitable [7], qui avait déjà été consacrée par la loi des Douze Tables [8], a fait donner aux actions de ce genre le nom d'actions noxales, tout en leur imprimant le caractère qui est propre aux *actiones in rem scriptæ,* en ce sens qu'elles sont données contre la personne qui se trouve avoir l'esclave coupable en son pouvoir au moment de la poursuite [9] : *noxa sequitur caput* [10]. — Les actions noxales compètent à ceux qui sont en droit d'intenter l'action pénale résultant du

naissent des quatre délits proprement dits, mais aussi à l'*actio de dolo* (Fr. 9, § 4, D., *de dolo malo* 4. 3; Fr. 24, § 3, D., *de minoribus* 4, 4), et aux interdits *de vi* et *quod vi aut clam* qui, pour ce motif, sont appelés *interdicta noxalia,* au Fr. 5, D., *de interdictis* 43, 1.

[4] Pourvu, bien entendu, que le maître n'ait point coopéré au délit, et que même on ne puisse lui reprocher d'avoir pu le prévenir en employant les soins d'un bon père de famille. Ci-après, note 41. — Ajoutons que cette faculté n'appartient au maître que pour éviter une action pénale. Si la victime du méfait de l'esclave se trouve avec le maître dans un rapport contractuel ou quasi-contractuel, et qu'elle intente l'action résultant de ce rapport, le maître ne peut s'y soustraire en abandonnant l'esclave. *Voy.* ci-dessus, § 221, note 17.

[5] *Voy.* ci-après, notes 18-25. — Le maître prévient la poursuite, non-seulement par l'abandon noxal, mais même par la simple *dereliction* de l'esclave, puisque l'action noxale n'est donnée que contre celui *qui habet facultatem et potestatem exhibendi.* Fr. 21, § 3, D., *h. t.,* et ci-après, note 12.

[6] D'après la terminologie rigoureuse, on appelle *noxia* le délit, et *noxa* l'esclave ou l'animal qui a commis le délit; mais cette terminologie n'est pas toujours observée. § 1, I., *h. t.* « *Noxa* autem est corpus quod nocuit, id est servus; *noxia* ipsum maleficium, velut furtum, damnum, rapina, iniuria. » — Servius, *ad Verg. Æn.,* I, 41 (45). « Et hoc interest inter noxam et noxiam, quod noxia culpa est, id est peccatum : noxa autem pœna. » — Cf. Fr. 1, D., *si quadrupes pauperiem* 9, 1. — Fr. 238, § 3, D., *de verb. sign.* 50, 16.

[7] Gaius, IV, 75 sq. (§ 2, I., *h. t.*) « Ex maleficiis filiorumfamilias servorumve, velut si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, ut liceret patri dominove aut litis æstimationem offerre, aut noxæ dedere; erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. » — Fr. 7, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2. — La faveur accordée au maître devenait, *en fait,* illusoire quand le délit avait été commis par plusieurs esclaves, puisque, dans ce cas, il était exposé à autant d'actions qu'il y avait de coupables : c'est pourquoi le préteur lui permit, dans ce cas, d'éviter l'abandon de *tous* les esclaves en offrant, à titre de *litis æstimatio,* une somme égale à celle qu'aurait dû payer un homme libre, coupable du délit : « tantum offerat, quantum si *unus liber* furtum fecisset, et retineat familiam suam. » Tit. D., *si familia furtum fecisse dicetur* 47, 6.

[8] Gaius, IV, 76 (§ 4, I., *h. t.*). « Constitutæ sunt autem noxales actiones aut legibus, aut edicto : legibus, velut furti lege XII Tabularum, damni iniuriæ lege Aquilia; edicto Prætorum, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum. » — Fr. 2, § 1, D., *h. t.* — Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. Pr. I., *si quadrupes* 4, 9.

[9] *Voy.* ci-après, note 12.

[10] Gaius, IV, 77 (§ 5, I., *h. t.*). « Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris cœperit esse, directa actio cum ipso est et noxæ deditio exstinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit : nam si paterfamilias noxam commiserit et hic se in adrogationem tibi dederit, aut servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus), incipit tecum noxalis

délit dont ils ont souffert [11]. — Elles se donnent, comme nous l'avons dit, contre la personne qui se trouve avoir l'esclave coupable en son pouvoir au moment de la *litis contestatio* [12], ou qui, par son dol, a cessé de l'avoir [13]. Pour nous assurer du fait qui rend le défendeur passible de l'action, nous pouvons l'interroger avant que d'intenter le procès, *interrogare in iure* [14]; comme, d'autre part, pour constater l'identité du coupable, nous pouvons user de l'*actio ad exhibendum* [15]. Si l'esclave appartient à plusieurs, l'action a lieu contre chacun d'eux *in solidum* [16]. — L'action noxale tend à nous faire obtenir la condamnation qu'entraîne le délit dont il s'agit, *litis æstimatio* [17], sauf au défendeur à éviter la condamnation, en donnant en noxe l'auteur du délit [18]. C'est ce qui fait dire que le maître doit prendre la défense de son esclave, en acceptant le *iudicium*, ou abandonner le coupable [19]. La faculté de se libérer au moyen de l'abandon noxal est, au reste, accordée au défendeur, non-seulement durant le procès, afin d'être absous de l'action du délit [20], mais il la con-

actio esse, quæ ante directa fuit. » — Paul, II, 31. 8. 9. — Fr. 1, § 12. 13, D., *si quadrupes* 9, 1. — Fr. 2, § 1. Fr. 8, § 1. Fr. 7. 12. 42, § 2. Fr. 43, D., *h. t.* — Fr. 21, § 1, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 18, D., *de furtis* 47, 2 et *passim*.

[11] Le Fr. 18, D., *h. t.*, fait à ce propos remarquer que l'usufruitier de l'esclave peut l'intenter, *atque si quilibet alius esset*.

[12] Ci-dessus, note 10, et Fr. 21, § 2. 3, D., *h. t.* « Ait Prætor : Si is in cuius potestate esse dicetur..... 3. In potestate sic accipere debemus ut *facultatem et potestatem exhibendi eius habeat :* ceterum, si in fuga sit, vel peregre, non videbitur esse in potestate. » — Fr. 42, § 2, D., *eodem*. « Hæ actiones perpetuæ sunt locumque habent tamdiu, quamdiu *servi dedendi facultatem habemus.....* » Cf. Fr. 18. 22, pr. Fr. 38, § 2, D., *eodem ;* Fr. 16, D., *de interrog.* 11, 1; Fr. 215, D., *de verb. signif.* 50, 16, et ci-après, § 285, notes 20-24. Mais *voy.* Fr. 27, § 3, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — L'action s'éteint donc par la mort de l'esclave coupable, survenue avant la *litis contestatio*. Fr. 39, § 4. Fr. 42, § 1, D., *h. t.* — Fr. 1, § 13, D., *si quadrupes* 9, 1. Cf. Fr. 1, § 16, D., *eodem*, et ci-après, note 25.

[13] Fr. 12. 16. 24. 39, D., *h. t.* — Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9.

[14] Fr. 21, § 2-6. Fr. 22, § 3. 4, D., *h. t.* — Fr. 1, § 15, D., *si quadrupes* 9, 1. — Fr. 5. 7. 8. 13-17. Fr. 20, pr. D., *de interrogationibus in iure faciendis* 11, 1. *Voy.* ci-après, note 38, et ci-dessus, t. I, § 68, Observation.

[15] Fr. 3, § 7, D., *ad exhibendum* 10, 4, ci-après, § 285, note 10.

[16] Fr. 1, § 14, D., *si quadrupes* 9, 1. — Fr. 5, pr. Fr. 8 41, D., *h. t.* Cf. Fr. 9, D., *eodem*.

[17] Fr. 1, D., *h. t.* « litis æstimationem. » — Fr. 42, § 1, D., *eodem*. — Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1.

[18] Cette faculté était inscrite dans la *condemnatio* de la formule qui était ainsi conçue : decem aut noxæ dare. Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. C'est ce que l'on indiquait en disant que l'action était donnée *cum noxæ deditione*, en opposition aux hypothèses dans lesquelles le défendeur ne jouissait pas de cette faculté, l'action se donnant alors *sine noxæ deditione* ou *detracta noxæ deditione*. Fr. 1, pr. Fr. 5, § 6, D., *de his qui effuderint* 9, 3; Fr. 4, § 3. Fr. 5, pr. Fr. 39, pr. D., *h. t.* — Fr. 21, § 6. Fr. 32, § 4. Fr. 26, § 5, D., *eodem ;* Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9. Cf. ci-dessus, note 3, et ci-après, note 38.

[19] Fr. 33, D., *h. t.* « Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, si servus est... » — Fr. 21, D., *eodem*. « ... In ea causa res est, ut debeat noxæ dedere eum cuius nomine iudicium non suscipit, aut, si non faciat, iudicium suscipiet omnimodo... »

[20] *Voy.* ci-dessus, note 18, et Fr. 8. 19, pr. Fr. 21, pr. Fr. 29, D., *h. t.* — Fr. 9, § 4, D., *de dolo malo* 4, 3.

serve même s'il laisse aller l'instance jusqu'à la condamnation [21]; car la sentence ordonne, conformément à la formule, de payer l'*æstimatio litis* ou de faire l'abandon, *decem* AUT *noxæ dare* [22]. Malgré cette rédaction, l'obligation du défendeur n'est pourtant point alternative [23]. Elle a plutôt un caractère facultatif [24], pour nous servir de cette expression usitée dans la jurisprudence moderne : encore le débiteur est-il, au moins jusqu'au prononcé du jugement, traité plus favorablement que ne le comporte la nature des obligations dites facultatives, puisque, dans le cas où l'esclave a péri par le fait d'une personne tierce, il peut se libérer en cédant les actions qu'il a contre le tiers [25]. L'abandon noxal de l'esclave a pour effet d'en transférer le domaine, si le défendeur en était propriétaire [26]; dans le cas contraire, il donne la *possessio ad usucapionem*, alors même que l'acquéreur sait que l'esclave n'appartenait pas à celui qui a fait l'abandon [27]. Si le maître poursuivi par l'action du délit ne satisfait à aucun des deux devoirs entre lesquels la loi lui laisse le choix et qui consistent à prendre la défense de l'esclave, en acceptant le *iudicium* [28], ou bien à en

[21] Fr. 1, D., *h. t.* Mais, pour prévenir l'exécution du jugement, l'abandon doit se faire avan qu'il y ait eu *litis contestatio* sur l'*actio iudicati*. Cette action, en effet, ne tend qu'au payement de la *litis æstimatio* « DECEM »; dès lors ces DECEM sont désormais l'unique objet de l'obligation existant entre parties. *Voy.* ci-après, note 23, et ci-dessus, t. I, § 54, notes 8. 17. 20.

[22] *Voy.* ci-dessus, note 18, et Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1, ci-après, note 23. — Cf. § 1, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 42, pr. D., *de furtis* 47, 2.

[23] Aussi le demandeur qui l'emporte dans l'action du délit ne peut-il demander alternativement la *litis æstimatio* ou la noxe : l'*actio iudicati* ne peut porter que sur la première. Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. « *Decem aut noxæ dedere* condemnatus, *iudicati* in *decem* tenetur; facultatem enim noxæ dedendæ ex Lege accipit. At is, qui stipulatus est decem aut noxæ dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se venient, eaque singula separatim stipulari possumus. At iudicium solius noxæ deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo *iudicati* decem agitur : his enim solis condemnatur, noxæ deditio in solutione est, quæ ex Lege tribuitur.

[24] Comme le reconnaissent, au reste, formellement nos sources : § 2, I., *h. t.* – Pr. I., *si quadrupes* 4, 9. – Fr. 20, § 5, D., *de heredit. pet.* 5, 3. « ... Habet noxæ dedendæ facultatem... potest noxæ dedendo se liberare... » – Fr. 1, D., *h. t.* – Fr. 6, § 1, D., *de re iudicata* 42, 1. « Facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit... noxæ deditio *in solutione est*, quæ e lege tribuitur. » *Voy.* la note précédente.

[25] Fr. 1, § 16, D., *si quadrupes* 9, 1. *Voy.* encore Fr. 14, D., *h. t.*, et cf. ci-dessus, § 191, OBSERVATION.

[26] Tel était naturellement l'effet de l'abandon fait, dans l'ancien droit, au moyen de la *mancipatio* ou de la *in iure cessio*. Cf. GAIUS, IV, 77 sqq. (Les Fr. 26, § 6, D., *h. t.*, et Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa* 4, 9, d'où l'on a conclu que l'acquéreur n'avait que le domaine bonitaire, se rapportent à l'hypothèse traitée ci-après, à la note 31.) — Tel est, dans le droit de Justinien, l'effet de la simple *tradition* à titre de noxe. § 3, I., *h. t.* – Fr. 3, § 21, D., *de adq. poss.* 41, 2,

[27] *Voy.* t. I, § 113, note 46, et Fr. 28, D., *h. t.* En attendant que l'acquéreur ait accompli l'usucapion, il jouit de l'action Publicienne contre *tout le monde*, et repoussera par l'*exceptio doli* la revendication du propriétaire, à moins que celui-ci n'offre la *litis æstimatio* Fr. 6, D., *de Publiciana actione* 6, 2. – Fr. 11. 27, § 1. Fr. 28, D., *h. t.* Cf. t. I, § 122, note 26.

[28] Comme le maître, en acceptant l'action du délit, ne répondait pas de son propre fait, il y avait lieu, dans les actions noxales, à diverses cautions dont traite le Tit. D., *si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur* 2, 9.

faire l'abandon noxal, il s'expose aux peines de la contumace [29] : dans tous les cas, le plaignant peut alors obtenir que le préteur lui attribue l'esclave coupable, *duci iubere* [30], attribution qui anciennement donnait le pouvoir bonitaire avec faculté d'usucaper par la possession annale, mais qui, dans le droit nouveau, confère instantanément la propriété [31]. — De quelque manière, au reste, que l'esclave soit venu au pouvoir de l'acquéreur, la loi l'autorise à réclamer sa liberté, s'il parvient à indemniser ce dernier de la perte que le délit lui avait causée [32].

Dans l'ancien droit, l'action noxale avait lieu également du chef des dommages causés par un fils de famille, lequel, par suite de l'abandon noxal, devenait alors le *mancipium* de celui à qui il avait été abandonné [33]. Cet usage finit par tomber en désuétude, et, dans le droit nouveau, la personne lésée est réduite à poursuivre directement et personnellement l'auteur du dommage, sans avoir aucun recours contre le père [34].

Les actions noxales s'appliquent aussi au dommage causé par nos animaux, et qui porte le nom de *pauperies* [35]. Pourtant l'*actio de pauperie*, que Justinien fait dériver de la loi des Douze Tables, n'a lieu qu'autant que l'animal a agi contrairement à ses habitudes naturelles, *contra natu-*

[29] Fr. 1. 2, § 1, D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9. – Fr. 21, pr. § 1, D., *h. t.* – Fr. 11, § 4, D., *de interrogationibus* 11, 1.

[30] Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9. – Fr. 26, § 6. Fr. 27, pr. Fr. 28 in f. Fr. 31. 32. 39, § 3, D., *h. t.*

[31] *Voy.* t. I, § 92, c., 2, et Fr. 2, § 1 in f. D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9. – Fr. 6, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. – Fr. 26, § 6 in f. Fr. 28, D., *h. t.* C'est à tort que l'on a voulu inférer du Fr. 23, D., *de peculio* 15, 1, que cette *ductio* n'aurait donné qu'une *possessio rei servandæ causa* avec droit de gage. Les mots *pro pignore* dans ce passage n'ont aucun sens technique; ils signifient tout simplement : *pour sûreté.* — A l'égard des personnes qui ont un *ius in re* sur l'esclave, la *ductio* a pour effet de les priver du droit de faire valoir leur droit réel. Fr. 3, D., *si ex noxali causa agatur* 2, 9. – Fr. 27, pr. D., *h. t.*

[32] § 3 in f., I., *h. t.* – Fr. 4, D., *de manumissionibus* 40, 1. — Cf. *Collatio legum Mosaïcarum* II, 3.

[33] Gaius, IV, 75-79. – Paul, II, 31, 9. – *Coll. leg. Mos.* II, 3. – § 7, I., *h. t.* et *passim.* Cf. ci-après, t. III, § 330, n° 3. — Les Romains avaient même l'habitude de dégager leur responsabilité, en abandonnant, pour ainsi dire *ex noxa,* les citoyens et même les magistrats qui s'étaient rendus coupables d'une offense ou d'un délit envers d'autres nations; comme, d'autre part, ils admettaient le même mode d'expiation à l'égard des offenses dont ils avaient eu à se plaindre. Fr. 17, D., *de legationibus* 50, 17. – Varron, apud Nonium Marc., VIII, 14, v° *Exercitu,* XII, 43, v° *Fœciales* (col. 757. 782 ed. Gothofr.). — Cic., *de oratore,* I, 40. II, 32; *de officiis,* III, 29 in f. 30; *in Verrem,* II, 5, 19. – Tite-Live, V, 36. VII, 20. VIII, 19. 39. IX, 1. 8-10. epit. XV. XXXVIII, 42. epitt. LV et LVI. – Denys d'Hal., II, 37. 51. 72. III, 37. 39. IV, 50. V, 50. XI, 60. XIII, 18. – Valère-Maxime, VI, 3, 3. VI, 6, 3. 5. - Florus, II, 18. – Velleius Paterculus II, 1. 2. 90. – Appien, *de rebus hisp.* 83. – Plutarque, *Numa,* 12; *Camille.* 17. 18; *Tib. Gracchus,* 5-7. – Dion Cassius, XLV, 32. – Eutrope IV, 8. – Orose, V, 4. 5. – Zonaras, VII, 26. VIII, 18.

[34] § 7, I., *h. t.* Cf. ci-après, t. III, § 330, n° 3.

[35] Paul, I, 15, où se trouve mentionnée une loi *Pesulania.* – Tit. I, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9. – Tit. D., *eodem* 9, 1.

ram [36]. Elle ne se donnait originairement que pour le dommage causé par un quadrupède, mais elle fut par la suite étendue *utiliter* aux autres animaux [37].

Le maître de l'homme ou de l'animal coupable qui en dénie la propriété perd la faculté de se libérer par l'abandon noxal, et doit répondre du dommage dans toute son étendue, *in solidum* [38].

Quant au dommage occasionné par des choses inanimées, nos lois contiennent quelques décisions dans lesquelles il est difficile de découvrir un principe général [39]. Il est possible que, dans ces décisions, les Romains aient été influencés par la règle admise à l'égard des animaux, en ce sens qu'ils n'auraient déclaré le maître responsable que des événements dans lesquels la chose avait été l'instrument du dommage d'une manière contraire à son usage habituel, *contra naturam*. Quoi qu'il en soit, alors même que le maître est tenu à réparation, il n'y a point d'action contre lui de ce chef; la personne lésée n'a d'autre droit que de retenir jusqu'à la réparation les choses par lesquelles le dommage a été causé [40].

Observation. Dans le paragraphe qui précède, nous avons supposé que le dommage ait été causé par notre chose sans qu'aucune faute puisse nous être reprochée. Dans l'hypothèse contraire, nous serions passible de l'action correspondante à notre faute, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, de l'*actio legis Aquiliæ* [41]. Une action particulière qui, dans un texte, est appelée *actio de pastu*, se donne contre le maître d'un animal qui a brouté l'herbe sur le terrain d'autrui [42]. Enfin, l'édit des Édiles défend,

[36] Pr. I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9. — Fr. 1, § 7, D., *eodem* 9, 1. — Cette disposition pourrait faire croire que les Romains admettaient chez les animaux une certaine imputabilité, supposition qui se trouve fortifiée par la décision du Fr. 1, § 11, D., *eodem*. « Cum arietes vel boves commisissent, et alter alterum occidit, Qu. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio : si is, qui non provocaverat, competeret actio; quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere. »

[37] Pr. I., *cité*. — Fr. 4, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1.

[38] Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa agatur* 3, 9. « ... Suscepturum iudicium sine noxæ deditione... » — Fr. 1, § 15, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1. — Fr. 21, § 2 sqq. Fr. 22, § 4. Fr. 26, § 5, D., *h. t.*

[39] Le maître est déclaré responsable du dégât causé par son radeau qui, entraîné par le torrent, détériore le fonds du voisin; par le mur qui s'écroule sur le terrain du voisin (Fr. 6. Fr. 7, § 4. Fr. 9, § 3, D., *de damno infecto* 39, 2); mais il ne répond pas du dommage causé par une tuile tombée accidentellement de son toit. Fr. 5, § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.

[40] Fr. 5, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 7, § 2. Fr. 9, pr. § 4, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 8, D., *de incendio* 47, 9. Cf. ci-après, § 283, notes 7. 11. — Rappelons ici que, dans le cas où l'édifice du voisin menace ruine, nous pouvons nous ménager le droit d'exiger la réparation complète du dommage éventuel, en exigeant la *cautio damni infecti*. Ci-après, § 283, I.

[41] Fr. 1, § 4. 5. 6, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1. — Fr. 44, § 1. Fr. 45, pr. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 2, pr. § 1. Fr. 3. 4. 5. Fr. 39, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. — Fr. 7, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 1, § 15, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 61, § 5, D., *de furtis* 47, 2. — L. 4, C., *de noxalibus actionibus* 3, 41.

[42] Fr. 14, § 3, D., *de præscr. verbis* 19, 5. « ..... Nam neque ex lege XII Tabularum *de pastu pecoris*, quia non in tuo pascitur, ... erit agendum. » — Cf. Pline, *H. N.*, XVIII, 3.

sous peine du double dommage qui peut en résulter, de tenir près de la voie publique un chien, un verrat, un sanglier, un ours ou un lion. L'action donnée par cet édit peut être cumulée avec l'*actio de pauperie* [43].

§ 283. *Des obligations résultant de rapports de voisinage.*

Par suite de la nature absolue du droit de propriété, nous pouvons user et disposer de notre chose comme bon nous semble et sans nous soucier des conséquences que les dispositions que nous prenons auront éventuellement pour d'autres personnes. Cependant comme l'exercice abusif de notre droit pourrait aboutir à des excès qui feraient naître des conflits avec les droits d'autrui, le législateur a cru utile d'imposer à l'exercice du droit de propriété certaines restrictions qui ont pour effet de limiter, dans l'intérêt général, le pouvoir arbitraire de l'individu. La plupart de ces restrictions, qui s'appliquent surtout à la propriété immobilière, ont un caractère absolu comme le droit même qu'elles limitent, c'est-à-dire qu'elles agissent en faveur et à l'égard de tous. Elles n'appartiennent point, par conséquent, à la catégorie des obligations [1]. Mais il en est d'autres qui n'existent et n'agissent qu'à l'égard de certaines personnes avec lesquelles nous nous trouvons dans les rapports particuliers que crée l'état de voisinage. C'est de ces restrictions que nous avons à traiter ici.

La législation romaine s'est occupée avec un soin minutieux des éventualités de dommage qui peuvent résulter des constructions ou travaux faits sur un terrain voisin. Nous rencontrons dans cette matière divers moyens de droit, régis par des dispositions fort nombreuses et extrêmement détaillées, dont plusieurs paraissent faire double emploi. Ces superfétations apparentes s'expliquent, quand on tient compte de la marche pratique que les Romains ont l'habitude de suivre dans leurs ré-

[43] Paul, I, 15, 2. — § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9. — Fr. 40. 42, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[1] Abstraction faite de la règle générale qui s'oppose à ce que nous exercions nos droits sans intérêt pour nous-même et uniquement dans l'intention de nuire à autrui (Fr. 38 in f., D., *de rei vindicatione* 6, 1 « ...Neque malitiis indulgendum est. » — Fr. 1, § 11. 12. Fr. 2, § 5, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3), le droit romain contient plusieurs restrictions particulières du droit de propriété que les auteurs modernes désignent ordinairement par le nom de *servitudes légales*. Telles sont les dispositions par suite desquelles le propriétaire du fonds inférieur doit recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, comme, d'un autre côté, le propriétaire supérieur ne peut rien faire pour changer, au préjudice du fonds inférieur, l'écoulement naturel de ces mêmes eaux (ci-après, n° III); celles qui obligent les propriétaires d'immeubles de laisser un espace libre entre leurs fonds respectifs (*ambitus, quinque pedes*, ci-dessus, § 278, notes 47, 54); enfin, plusieurs autres restrictions faites dans l'intérêt du culte, de la sûreté et de la santé publiques, de l'exploitation des mines, des cours d'eau, des aqueducs et des chemins publics, de l'agriculture et de la conservation des bâtiments. *Voy.* t. I, § 95, n° 3.

formes législatives et qui, dans une matière aussi positive que la nôtre, ne peut pas toujours conduire à un résultat parfaitement rationnel. Les constructions qui, chez un peuple essentiellement agriculteur, doivent attirer en premier lieu l'attention du législateur sont certes celles qui ont pour effet de changer le cours naturel des eaux pluviales au préjudice des voisins. Aussi trouvons-nous déjà dans la loi des Douze Tables [2] une action dirigée contre des entreprises de ce genre, *aquæ pluviæ arcendæ actio*. La protection que cette action donnait dut à la longue paraître insuffisante. Ainsi, pour ne parler que d'un point essentiel, le demandeur n'obtenait réparation du dommage causé qu'à partir de la *litis contestatio*, alors que peut-être des dommages considérables avaient précédé et même provoqué l'action. Cette lacune fut comblée par le préteur au moyen de l'*interdictum quod vi aut clam*, donné en réparation de tous dommages, pour le cas où les constructions auraient été faites clandestinement ou au mépris de l'opposition formelle du demandeur [3]. Cet interdit, qui s'appliquait non-seulement aux travaux hydrauliques, mais à toutes constructions quelconques, assurait aux voisins l'indemnité de toute entreprise effectuée : il permettait même de prévenir indirectement de pareilles entreprises, au moyen d'une opposition formelle, *prohibitio;* mais ce dernier moyen, qui impliquait trouble de la possession, exposait celui qui en usait aux chances périlleuses de l'*interdictum uti possidetis* [4]. On évita cet inconvénient en inventant un moyen préventif, connu sous le nom de *operis novi denuntiatio*, qui faisait obtenir la suspension de toute entreprise susceptible d'être préjudiciable aux fonds voisins. Enfin, pour compléter le système, on prévit même le cas où une construction déjà existante, par suite de vices ou de vétusté, menacerait de s'écrouler et de causer par sa chute un dommage, *damnum infectum* [5]. — Tels sont les moyens dont nous allons rapidement exposer les points les plus saillants, en commençant par les mesures préventives que nous avons indiquées en dernier lieu.

I. Damnum infectum †. Si une maison ou un édifice quelconque, voisins de notre propriété, menacent [6] de s'écrouler par suite de vices ou du

[2] Cic., *topica*, 9. — Fr. 21, D., *de statu liberis* 40, 7. — Fr. 5, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8.

[3] Cic., *pro Tullio*, 53. Fr. 3, § 2. 3. Fr. 5. 12. 13. 14, § 3, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3.

[4] *Voy.* ci-après, note 34, et ci-dessus, § 71, notes 19 sqq. et § 89, notes 5-8.

[5] En faisant cet exposé, nous ne prétendons point émettre une hypothèse précise. Notre unique intention est de faire sentir la possibilité d'un développement historiquement rationnel de la matière.

† Tit. D., *de damno infecto et de suggrandis et protectionibus* 39, 2. — *Voy.*, pour l'explication de ces termes ci-après, notes 6 et 17.

[6] De la *damnum infectum*, c'est-à-dire *damnum nondum factum, sed impendens, imminens.* Fr. 2, D., *h. t.* « Damnum *infectum* nondum est damnum factum quod futurum veremur. » —

mauvais état de construction, nous n'avons point d'action contre le voisin, parce qu'aucun dommage n'a encore été causé [7], mais le préteur nous autorise à exiger une caution à l'effet d'être garanti du dommage qui peut résulter éventuellement de cet état de choses, *damnum infectum* [8]. Cette caution se donne au moyen d'une promesse par stipulation, lorsque le défendeur possède à titre de propriétaire ; mais les personnes qui détiennent le bâtiment défectueux en vertu d'un simple *ius in re* sont tenues de fournir des fidéjusseurs ou une garantie réelle [9]. La caution, au reste, n'est donnée que pour un temps déterminé. Si, pendant ce temps, le dommage a lieu, nous nous servirons des moyens ordinaires résultant de la caution, *actio ex stipulatu* ou action hypothécaire, pour obtenir la réparation du dommage ; si, au contraire, le temps s'écoule sans qu'aucun dommage se produise, le défendeur peut demander à être déchargé, s'il y a lieu [10].

Au cas que le voisin ne fournisse point la caution dans le délai fixé, le magistrat nous envoie en possession du bâtiment [11]. Cet envoi en possession, qu'on appelle *missio ex primo decreto*, n'a pas pour effet de déposséder le propriétaire, mais il donne à l'impétrant le droit de s'installer également dans la possession ; si c'est contre le possesseur d'un *ius in re* que la *missio* a été obtenue, elle le prive de la faculté d'exercer son droit réel [12]. L'envoi suivi de la prise de possession donne de plus un droit d'hypothèque sur le bâtiment et les terrains [13]. — Le défendeur peut

Fr. 15, § 34. Fr. 44, pr. D., *eodem*. — Paul, V, 10. « Ob metum *impendentis* damni... » — La même idée et les mêmes termes se rencontrent, au reste, dans d'autres hypothèses plus ou moins analogues. *Voy.* ci-après, note 29.

[7] Pour la réparation du dommage causé par l'écroulement de l'édifice, sans qu'il y ait eu *cautio damni infecti, voy.* ci-après, note 11, et ci-dessus, § 282, notes 39. 40.

[8] Fr. 7, pr. D., *h. t.*, où se trouve le texte de l'édit. — Déjà du temps des *legis actiones*, on pouvait agir *damni infecti ;* mais les dispositions plus avantageuses du droit prétorien firent tomber l'action civile en désuétude. Gaius, IV, 31. « Tantum ex duabus causis (post legem Æbutiam et duas Iulias) permissum est interdum legis actionem facere : lege agere damni infecti et si centumvirale iudicium fuerit provocatum... Damni vero infecti nemo vult lege agere : sed potius stipulatione quæ in edicto proposita est obligat adversarium per magistratum, quod et commodius ius et plenius est. »

[9] *Voy.* ci-après, notes 21-22, et Fr. 7, pr. Fr. 9, § 4. 5. Fr. 10. 11. 13, pr. § 1. Fr. 15, § 2. 6. 9. 25, D., *h. t.* — Cf. Fr. 30, § 1, D., *eodem*, et Fr. 7, pr. Fr. 22, § 1. Fr. 33, § 1, D., *eodem*.

[10] Fr. 4, pr. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 13. Fr. 14. 15, pr. § 1, D., *h. t.* — Fr. 4, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. Cf. ci-après, note 14. — Pour des travaux relatifs à l'écoulement des eaux, l'édit exige que la caution subsiste pendant dix ans. Fr. 7, pr. Fr. 15, § 2. 4, D., *h. t.* — Fr. 1, pr. § 3, D., *de ripa munienda* 43, 15.

[11] La loi (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20, donnait pour ce cas une *utilis actio*, comme si la stipulation avait eu lieu. Dans le droit nouveau, nous trouvons également une *in factum actio* en réparation du dommage, pour le cas où le bâtiment se serait écroulé avant la *missio in possessionem*, ainsi qu'un interdit à l'effet de forcer le voisin à enlever les matériaux et à réparer le dommage, ou à faire abandon des matériaux. Fr. 7. 44, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 15, § 36, D., *eodem*.

[12] Fr. 7, pr. Fr. 15, § 20. 24. 31-34, D., *h. t.* — Fr. 9, pr. § 5, D., *eodem*.

[13] Fr. 26, D., *de pignoraticia actione* 13, 7. — Fr. 3, § 1, D., *de rebus eorum qui sub tutela*

mettre fin à la possession du demandeur en faisant les réparations nécessaires ou en fournissant la *cautio damni infecti* [14]. Mais si, dans le délai fixé par le magistrat, il n'a recours à aucun de ces moyens, le demandeur peut obtenir un second décret, qui a pour effet de lui donner, selon les circonstances, la propriété ou la possession de bonne foi du bâtiment, ou tous autres droits que le voisin avait sur la propriété, *missio ex secundo decreto* [15]. — Le défendeur qui tenterait de s'opposer à l'envoi provisoire ou définitif en possession, est passible d'une *in factum actio* en dommages et intérêts [16].

Pour que nous puissions réclamer la *cautio damni infecti*, il faut que le bâtiment voisin nous menace d'un danger par suite de défectuosités provenant soit d'un vice de construction ou du sol, soit de travaux faits par le voisin [17], et que nous n'ayons pas d'autres moyens ordinaires aussi efficaces pour prévenir le dommage éventuel [18]. Dès lors le droit d'exiger la caution appartient au propriétaire du domaine menacé, ainsi qu'à tous ceux qui ont un droit réel sur ce domaine, même à ceux qui, par suite d'un rapport d'obligation, ont un intérêt à la conservation de la chose [19].

sunt 27, 9. – Fr. 35, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. – L. 2, C., *de prætorio pignore* 8, 22. — *Voy.* t. I, § 70, note 49 ; § 157 A ; § 162, note 11.

[14] Fr. 15, § 31. 32. 34, D., *hoc titulo.*

[15] Dans l'ancien droit, le second envoi ne donnait qu'une *possessio ad usucapionem*, protégée par l'action Publicienne et constituant une espèce de propriété prétorienne ou bonitaire. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 92, c, n° 2, et Fr. 5, pr. Fr. 12. 15, § 16. 26. 27. Fr. 18, § 15, D., *h. t.* – Fr. 3, § 23, D., *de adquirenda possessione* 41, 2. Mais dans le droit nouveau, la *missio ex secundo decreto* transfère au *missus* tous les droits que le défendeur avait sur la chose, et par conséquent la propriété, si tant est qu'elle appartenait à ce dernier. Fr. 15, § 16. 17. 33. Fr. 44, § 1, D., *h. t.* – Fr. 7, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 5. 7, § 9, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 1, pr. D., *de fundo dotali* 23, 1. — Si l'envoi est accordé à plusieurs voisins, la propriété se divise entre eux par portions viriles. Fr. 5, § 1. Fr. 15, § 17. 18. Fr. 40, § 4, D., *h. t.*

[16] Fr. 7. 15, § 36. Fr. 16, D., *h. t. Voy.* aussi ci-après, §§ 284. 286.

[17] Fr. 19, § 1. Fr. 24, pr. § 2. 9. 12, D., *h. t.* – Fr. 24, § 2, D., *cité.* « Sed ut ne quid ÆDIUM, LOCI OPERISVE vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur.... » — VITIO ÆDIUM. C'est le cas ordinaire. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 2. Fr. 20, D., *h. t.* et *passim.* — VITIO LOCI. Fr. 15, § 3. Fr. 20. Fr. 24, pr. D., *h. t.* — VITIO OPERIS, par suite de travaux menaçants faits par le défendeur, par exemple, des *suggrunda et protectiones* (*voy.* l'inscription du titre : *De damno infecto et de suggrundis et protectionibus* 39, 2, ainsi que Fr. 5, § 6. 12, D., *de his qui effuderint* 9, 3, et Fr. 242, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16), des travaux relatifs au cours des eaux ou toutes autres constructions. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 10. Fr. 15, § 3. Fr. 19, § 1. Fr. 20. Fr. 24, pr. § 7. 12. Fr. 30, pr. D., *h. t.* – Fr. 18. 29, D., *de servitutibus præd. urban.* 8, 2. – Fr. 17, § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 27, § 16, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. *Voy.* encore ci-après, note 24 *in f.* — Le Fr. 24, § 9, D., *h. t.*, parle aussi du dommage causé « VITIO ARBORUM, *si arbores vetustate confractæ in meum agrum deciderint eoque facto vitibus meis vel segetibus nocent, vel ædificia demoliunt,* » et le Fr. 18, D., *ratam rem haberi* 46, 8, donne l'analyse suivante : « *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, ædificabitur.* »

[18] Fr. 13, § 6. Fr. 18, § 2. 4. 9. Fr. 20. 32. 33. 34, D., *h. t.*

[19] Fr. 18, pr. D., *h. t.* « Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est. » – Fr. 5, § 2. Fr. 11. Fr. 13, § 8. Fr. 19, pr. Fr. 32. 39, 2, D., *h. t.* – Fr. 13, § 5, D., *h. t.* « Vicinis plane *inquilinisque* eorum... cavendum esse, ait

Plusieurs intéressés agissent chacun dans la mesure de ses intérêts [20].— La caution peut être exigée et l'envoi en possession peut être obtenu contre le propriétaire et le possesseur de bonne foi du bâtiment défectueux, ainsi que contre tous ceux qui ont un *ius in re* sur ce bâtiment [21]. Plusieurs défendeurs ne sont tenus chacun que pour sa part et portion [22].

L'exécution de la *cautio damni infecti*, c'est-à-dire le payement de l'indemnité promise, peut être poursuivie au moyen de l'*actio ex stipulatu*, aussitôt que le dommage prévu par la stipulation a eu lieu. Nous disons : « le dommage prévu par la stipulation », c'est-à-dire que l'accident occasionnant le dommage doit provenir d'une cause qui autorise la demande de la caution, *vitio ædium, loci operisve* [23]. Un accident causé par force majeure ne fait pas encourir la stipulation [24], pas plus qu'un dommage qui résulterait de l'exercice légal des pouvoirs qui compètent au promettant en vertu de son droit de propriété [25]. L'*actio ex stipulatu* tend à obtenir la réparation du dommage causé par l'accident [26]. Pour déterminer l'étendue

Labeo... » — Fr. 13, § 6. Fr. 21. Fr. 38, pr. D., *eodem*. Cf. Fr. 13, § 4. Fr. 33. D., *eodem*. — Le copropriétaire peut également exiger la caution du chef d'un vice du mur commun. Cic., *topica*, 4.— Paul, V, 10, 2. — Fr. 28. 35. 36. 37. 39, pr. 43, § 1, D., *h. t.* — Mais les Fr. 11 et 13, § 9, D., *h. t.*, semblent refuser ce droit au simple possesseur de bonne foi.

[20] Fr. 5, § 2. Fr. 27, D., *h. t.* — Cf. Fr. 40, § 2, 4, D., *eodem*, et Fr. 2, § 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5.

[21] Fr. 9, § 4. 5. Fr. 10. 11. 13, pr. Fr. 15, § 25. 26. 27. Fr. 19, pr. Fr. 22, D., *h. t.* Cf. Fr. 20. 21, pr. 30, pr. D., *eodem*.

[22] Fr. 27 in f. Fr. 40, § 3. 4, D., *h. t.* — Fr. 2, § 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. — Cf. ci-dessus, § 192, note 18.

[23] *Voy* ci-dessus, note 17.

[24] Fr. 24, § 2-7, D., *h. t.* « 2... Nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine committi stipulationem, quia *naturale* vitium est... 3... Non posse agi si quid forte terræ motu, aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit... 4. Si ex ædibus vento tegulæ deiectæ damnum vicino dederint, ita eum teneri, si ædificii vitio id acciderit, non si ratione quæ habet vim divinam... 5... controversia aquæ... 6... si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committitur... 7... si furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem. » — Fr. 24, § 8. 11. Fr. 43, D., *eodem*. — Il est cependant à remarquer que si la stipulation n'est pas *encourue* par suite d'un accident causé par cas fortuit, pareil accident peut *faire naître* un *vitium ædium* ou *loci* qui nous autorise à exiger la *cautio*. Fr. 24, § 5. 11, D., *h. t.*, et ci-dessus, note 17.

[25] Fr. 24, § 12. Fr. 25. 26, D., *h. t.* C'est ce qui fait dire à Ulpien que nous ne pouvons agir *ex stipulatione damni infecti*, par cela seul que nous avons été privé d'un *lucrum quo antea utebamur*. Fr. 26, D., *cité*. « Proculus ait : cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si iuxta mea ædificia habeas ædificia, eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam evoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia. » Il faut se garder d'interpréter ce passage comme si les dommages et intérêts résultant de la *stipulatio damni infecti* ne comprenaient pas le *lucrum cessans*. Voir ci-après, note 27.

[26] Il en est de même des *actiones in factum*, qui peuvent nous compéter à défaut de l'*actio ex stipulatu*. *Voy*. ci-dessus, notes 11 et 16.

des dommages et intérêts et pour en évaluer le montant, on suit les règles générales, telles que nous les avons exposées ci-dessus, aux §§ 175-176 [27]. L'objet de la stipulation étant une somme d'argent due à titre de dommages et intérêts, *incerta quantitas*, l'obligation qui en résulte est divisible, d'où il suit que plusieurs intéressés ne peuvent agir et ne peuvent être poursuivis que pour leurs parts et portions [28].

Dans ce qui précède, il n'a été question que du *damnum infectum* à provenir d'un bâtiment défectueux. Mais nous pouvons également demander la *cautio damni infecti* à l'effet de nous garantir contre le préjudice que quelqu'un pourrait nous causer en faisant sur notre terrain ou sur le sien ou même sur un terrain public des travaux ou entreprises qu'il a le droit de faire, et dans quelques autres cas analogues [29].

II. Operis novi nuntiatio †. Si notre voisin fait des constructions susceptibles de nous causer un préjudice, il nous est certes loisible d'intenter contre lui les actions pétitoires ou possessoires que les circonstances comportent, afin d'obtenir la réparation de la lésion que ces constructions apportent à notre droit. Mais, dans la plupart des cas, nous aurons intérêt à prévenir la lésion plutôt que d'en obtenir réparation. A cet effet,

[27] Fr. 28, D., *h. t.* « In hac stipulatione venit quanti ea res erit... » — Fr. 37, D., *eodem.* « ... In actionem damni infecti venit id, quanti interfuit actoris eum parietem stare... » — Ainsi, les dommages et intérêts comprennent également le *lucrum cessans*. Fr. 28. 29. 37, D., *h. t.* Cf. Fr. 25, D., *eodem.* « Trebatius ait eum accipere damnum, cuius ædium luminibus officiatur; » mais comme l'obligation résulte d'une convention, *ex stipulatu*, le débiteur n'est tenu que du dommage qui pouvait raisonnablement être prévu au moment de la caution fournie. Fr. 18, § 5. Fr. 40, pr. D., *h. t.* — Fr. 13, § 1, D., *de servit. præd. urban.* 8, 2. Le Fr. 18, § 5, D., *h. t.*, sainement entendu, n'est point contraire à cette règle. *Voy.* ci-dessus, § 175, notes 2-4 et 7-11.

[28] Fr. 40, § 2. 3, D., *h. t.* — Fr. 2, § 2, D., *de stipulat. prætoriis* 46. 5. *Voy.* ci-dessus, § 192, note 18.

[29] Fr. 30, D., *h. t.* « Damni infecti stipulatio pertinet etiam, si quid eius operis, quod in fundo meo aquæ ducendæ causa fit, vitio damnum mihi contigerit; solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. Utrum autem de hoc opere promittere an satisdare debeat, videamus, *rel.* — Fr. 24, § 7, D., *eodem*, combiné avec *Collatio legum Mosaicarum*, XII, 7, 8. — Fr. 1, pr. § 3, D., *de ripa munienda* 43, 13. — Fr. 3, § 11. Fr. 5, § 4, D., *de itinere actuque privato* 43, 19. — Fr. 3, § 9, D., *de rivis* 34, 21. — Cf. Fr. 9, § 1. 2. 3, D., *h. t*, et Fr. 5, § 4. Fr. 9, § 1, D., *ad exhibendum* 10, 4, et ci-après, § 285, note 13. — Fr. 19, § 4, D., *locati* 19, 2. « Si inquilinus ostium vel quædam alia ædificia adiecerit, quæ actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat; sic tamen ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat, sed et ut pristinam faciem ædibus reddat. » — Fr. 3, § 3. Fr. 4, § 2. Fr. 5. 14, § 3. D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3. — Fr. 1, § 38, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. — Fr. 1, pr. § 12. 14, D., *de cloacis* 43, 23. — Nous avons eu l'occasion, au t. I, § 24, note 3, de citer un exemple intéressant de *cautio damni infecti*, réclamée par un entrepreneur de l'entretien des cloaques publiques contre l'édile M. Scaurus, aux fins d'être garanti contre le dommage que ce magistrat pourrait lui causer, en faisant passer au-dessus des cloaques des blocs de marbre d'un grand poids. Pline, *H. N.*, XXXVI, 2.

† Tit. D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. — Titt. C., *de ædificiis privatis* 8, 10; *de novi operis nuntiatione* 8, 11.

nous pouvons, quand les constructions se font sur notre propre terrain[30], interrompre les travaux par une opposition formelle, *prohibitio*, qui peut même aller jusqu'à l'emploi de la force (*per manum, id est, lapilli iactum*)[31] et qui rend le voisin récalcitrant passible d'un interdit appelé *quod vi aut clam*, dont nous aurons à nous occuper bientôt[32]. Ce procédé

[30] C'est pour ce cas que le Fr. 29, § 1 in f. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, autorise la destruction de ce qui a été fait, *intercidere aquæductus*, et que le Fr. 5, § 10, D., *h. t.*, permet de *prohibere per manum, id est, lapilli iactum*. *Voy.* la note suivante. — Cujas, ad Fr. 1, § 12, D., *de O. N. N.* (t. X, p. 1174, éd. de Naples de 1758) entend mal le Fr. 5, § 10, D., *cité*, en supposant que l'emploi de la *manus* (il dit *manus armata*) doit avoir lieu, *si vicinus ædificat in* meo, mais que je dois *prohibere per iactum lapilli*, — « *si faciat* in suo et non in meo. » Il arrive ainsi (par analogie de ce qu'Aulu-Gelle nous dit de la *manuum consertio*, t. I, § 117, note 6) à distinguer entre *manus* ou *vis* véritable et *manus civilis* ou *festucaria* qui s'exercerait par le *iactus lapilli*, et à faire de ce *iactus* un acte purement symbolique. Cf. la note suivante.

[31] Fr. 5, § 10, D., *h. t.* « Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro ædificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult, melius esse, eum per Prætorem, vel *per manum*, id est, *lapilli iactum* prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis *perseveret*, æquissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis uti. » — Fr. 6, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.—Fr. 1, § 5. 6. Fr. 20, § 1, D., *quod vi aut clam* 43, 24.—Le *iactus lapilli*, dont il est question dans les passages cités, est, d'après l'autorité de Cujas et d'autres interprètes (*voy.* la note précédente), généralement envisagé par les auteurs modernes comme une protestation *symbolique*, consistant à lancer une pierre contre la construction indûment élevée. Nous pensons qu'il faut l'entendre de la *dispersion* des pierres employées à la construction du nouvel œuvre. Il est vrai que le diminutif *lapilli* paraît singulier dans cette hypothèse (faisons observer que les Basiliques ne reproduisent pas le diminutif : elles parlent de λίθου βολή); mais, d'un autre côté, la nature symbolique de l'acte est difficile à concilier avec les textes qui représentent le *iactus lapilli* comme une *voie de fait*, per manum, en opposition à la simple protestation. Fr. 5, § 10, D., *cité*, et Fr. 20, § 1, D., *quod vi aut clam* 43, 24. Ensuite, si l'on veut refuser à l'acte le caractère matériel que nous lui donnons, comment expliquera-t-on : 1° la particularité qu'il ne peut avoir lieu que lorsque le nouvel œuvre se fait sur notre terrain, ce que Cujas a méconnu (Fr. 5, § 10, D., *cité* vers la fin). Cf. Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2); 2° la mention que le *iactus vel* minimi *lapilli* implique prohibition. Fr. 1, § 5, D., *quod vi aut clam* 43, 24? Enfin, aucun texte n'indique même de loin l'élément symbolique que les interprètes modernes prodiguent outre mesure dans les actes juridiques des Romains et qui se trouve entièrement déplacé dans notre matière. *Voy.* t. I, § 34, note 12. — La chose se présente tout naturellement de la manière suivante : Quand quelqu'un, sans notre consentement, tente d'élever ou de démolir des constructions sur notre terrain, nous pouvons employer la force pour l'en empêcher (le Fr. 50, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1, autorise même cet emploi, quand nous éprouvons un *incommodum* par suite de constructions qu'un tiers élève sans autorisation *in littore publico vel in mari*). Nous pouvons, à la rigueur, démolir ce qu'il a fait (*intercidere aquæductus*, comme dit le Fr. 29, § 1 in f. D., *ad legem Aquiliam* 9, 2); mais, pour sauvegarder nos droits et notre possession, nous n'avons pas besoin d'aller jusque-là. A cet effet, il suffit d'une voie de fait quelconque qui indique clairement notre intention de prohiber; par exemple, de défaire quelques briques, même une seule, *vel* minimi *iactu lapilli*. Et ce procédé est préférable pour plus d'une raison. On peut appliquer ici, par analogie, ce que dit Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de periculo* 18, 6, du vendeur de vin qui, pour ménager l'acheteur en demeure de prendre livraison, préfère louer les futailles dont il a besoin plutôt que de faire écouler le vin vendu : « si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius. » Cf. ci-dessus, § 180, note 12.

[32] *Voy.* ci-après, notes 67 et 68.

est le plus énergique et le plus expéditif, et c'est pourquoi Ulpien le conseille de préférence [33]; mais pour l'employer, il faut que nous soyons sûr de notre droit et même de notre possession. Car, en troublant ainsi le voisin dans ses dispositions, nous nous exposons à l'interdit *uti possidetis* et aux chances périlleuses de cette action [34]. Il pouvait donc être utile d'avoir à sa disposition un moyen moins énergique, même dans notre hypothèse, et pareil moyen était indispensable quand les constructions se faisaient sur le terrain du voisin, où nous n'avions aucun droit d'agir. C'est pourquoi le préteur [35] jugea convenable d'attribuer à la simple protestation ou dénonciation [36] l'effet de suspendre provisoirement toutes entreprises qui constituent un *opus novum* [37]. — Cette protestation, appelée *operis novi nuntiatio,* doit être faite en présence de l'œuvre, *in re præsenti,* mais elle n'exige dans le droit nouveau aucune formalité particulière [38], et elle peut se faire par mandataire [39]. Elle est admissible toutes les fois que le voisin [40] change le *statu quo* [41], en élevant, modi-

[33] Fr. 5, § 10, D., *h. t.*, ci-dessus, note 31.

[34] Fr. 3, § 2, D., *uti possidetis* 43, 17. « Hoc interdictum sufficit ei qui ædificare in suo prohibetur : etenim videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione. »

[35] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Hoc Edicto promittitur, ut, sive iure, sive iniuria opus fieret, PER NUNTIATIONEM *inhiberetur;* deinde *remitteretur* prohibitio hactenus quatenus prohibendi ius is, qui nuntiasset, non haberet. »

[36] Par cette dénonciation, en effet, loin de porter atteinte à la possession de l'adversaire, nous reconnaissons, au contraire, implicitement sa possession. C'est pourquoi ULPIEN, Fr. 5, § 10, D., *h. t.*, donne le conseil de ne pas recourir à la *nuntiatio,* quand le voisin élève les constructions sur notre propre terrain : *melius est, eum per Prætorem vel per manum, id est, lapilli iactum prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum facimus, cui nuntiaverimus* (Cf. Fr. 1, § 6, D., *eodem*). *At, si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria.*

[37] *Voy.*, pour la signification de ce mot, ci-après, les notes 42 et 43.

[38] Fr. 5, § 2. 4. 16, D., *h. t.* — Dans l'ancien droit, il est probable qu'elle exigeait, comme toute dénonciation, la présence de témoins. Arg. Fr. 1, § 7, D., *quod vi aut clam* 43, 24. — L'adhibition de témoins n'est plus nécessaire dans le droit nouveau, mais elle est toujours utile à cause de la preuve. Cf. Fr. 8, § 1, D., *h. t.* « Qui opus novum nuntiat, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet ut appareat, quid postea factum sit. » — Fr. 1, § 7, D., *quod vi aut clam* 43, 24.

[39] Fr. 1, § 3. Fr. 5, § 1. 18, D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 20, D., *eodem.* Dans ce cas, il y a lieu à fournir les cautions qui sont usitées dans les procédures par mandataire, et que nous avons fait connaître ci-dessus, § 187, OBSERVATION. C'est à cet ordre d'idées que se rapporte le Fr. 13, D., *hoc titulo.*

[40] Fr. 8, D., *h. t.* « Non solum *proximo* vicino, sed etiam *superiori* opus facienti nuntiare opus novum potero : nam et servitutes quædam, intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis, esse possunt. » Cf. t. I, § 132, n° 2.

[41] Sous ce rapport, la dénonciation de nouvel œuvre a donc quelque analogie avec les actions possessoires, qui ont également pour but de protéger le *statu quo;* et cette analogie a engagé les jurisconsultes français à la considérer comme un moyen possessoire. Cette assimilation n'est pourtant pas exacte : les actions possessoires, en effet, ne protégent le *statu quo* qu'à l'égard des choses que nous tenons NOUS-MÊME, tandis que la dénonciation de nouvel œuvre maintient le *statu*

fiant ou détruisant des constructions adhérentes au sol [42], et que de ces entreprises il peut résulter une lésion ou un préjudice quelconque pour le fonds que nous voulons protéger [43]. — Le droit de dénoncer nouvel œuvre appartient au propriétaire et au possesseur de bonne foi du fonds menacé [44], ainsi qu'à ceux qui ont un *ius in re* impliquant possession du fonds [45], tel qu'un droit d'emphytéose, de superficie et de gage [46]. Quand le nouvel œuvre menace un intérêt public, tout citoyen a le droit de protester [47]. — La dénonciation est dirigée contre celui qui fait le nouvel œuvre [48], mais il n'est pas nécessaire qu'elle lui soit adressée en personne : elle peut être notifiée à ceux qui le représentent, même aux ouvriers qui travaillent aux constructions [49]. La dénonciation a pour effet

quo, même à l'égard des choses sur lesquelles nous n'exerçons aucun pouvoir physique. C'est pourquoi, en droit romain, la dénonciation de nouvel œuvre n'appartient point au simple possesseur, mais exige un droit réel joint à la possession. Ci-après, notes 44-46.

[42] Fr. 1, § 1. 11-14, D., *h. t.* « 11. *Opus novum* facere videtur qui aut ædificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. »

[43] Nous disons : POUR LE FONDS QUE NOUS VOULONS PROTÉGER. C'est pourquoi la dénonciation peut être dirigée contre des travaux qui pourraient nuire à l'exercice d'une servitude URBAINE appartenant à notre fonds, puisque toute atteinte portée à l'exercice d'une servitude urbaine porte atteinte à l'exercice de la propriété du *prædium dominans*, tandis que la lésion éventuelle d'une servitude RURALE n'autorise point la dénonciation, par la raison que l'exercice de ces servitudes est quelque chose en dehors du fonds dominant et qu'il se manifeste par des actes indépendants de la possession du fonds même, *faciendo*. Fr. 14, D., *h. t.*, combiné avec Fr. 1, § 3, D., *de remissionibus* 43, 25. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 138, notes 5-10. C'est par le même motif que la dénonciation de nouvel œuvre n'appartient pas à l'usufruitier en nom propre. Ci-après, note 45. — ULPIEN analyse les diverses hypothèses qui peuvent motiver la dénonciation au Fr. 1, § 16, D., *h. t.* « Nuntiatio fit aut IURIS NOSTRI CONSERVANDI GRATIA (Fr. 1, pr. § 17. Fr. 2. Fr. 5, § 6. 8. 9. Fr. 8, § 2, D., *h. t.* – Fr. 1, § 3, D., *de remissionibus* 43, 25. – Fr. 15, D., *de servit. præd. urbanorum* 8, 2. – Fr. 6, § 7, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 3, pr. D., *de mortuo inferendo* 11, 8) AUT DAMNI DEPELLENDI (Fr. 1, § 17, D., *h. t.*) AUT PUBLICI IURIS TUENDI GRATIA, ci-après, note 47).

[44] Fr. 3, § 19. Fr. 5, § 6, D., *h. t.* – Fr. 1, § 3, D., *de remissionibus* 43, 25. — Arg. Fr. 116, D., *de regulis iuris* 50, 17, combiné avec Fr. 11. 13, § 9, D., *de damno infecto* 39, 2.

[45] Les considérations émises aux notes 41 et 43 renferment le motif pour lequel cette condition est exigée. Faisons observer, au reste, que si l'usufruitier ne peut dénoncer en nom propre (d'où il résulte qu'il ne peut jamais dénoncer au nu propriétaire), il paraît cependant qu'on lui attribuait un mandat tacite de dénoncer au nom et dans l'intérêt du propriétaire. Fr. 1, § 20. Fr. 2, D., *h. t.* – Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus* 43, 25.

[46] Les lois ne mentionnent pas l'emphytéote, mais bien le superficiaire et le créancier gagiste. Fr. 3, § 3. Fr. 9, D., *h. t.* – Fr. 1, § 5, D., *de remissionibus* 43, 25.

[47] Fr. 1, § 16. 17, D., *h. t.* « Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia, si quid fiat vel in sacro vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis. » – Fr. 3, § 4, D., *h. t.* « Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt. » Cf. Fr. 4. 5, D., *eodem*.

[48] Mais elle ne peut être faite contre le copropriétaire. Pour agir contre lui, le plaignant doit obtenir un décret du juge ou bien se servir de l'*actio communi dividundo*. Fr. 3, § 1. 2, D., *h. t.*— Pour le cas où le fonds sur lequel les constructions se font appartient à plusieurs, *voy.* ci-après, note 61.

[49] Fr. 1, § 5. Fr. 5. 10. 11, D., *hoc titulo*.

d'empêcher la continuation du nouvel œuvre [50]. Le dénoncé doit, en effet, cesser immédiatement ses travaux [51], à moins qu'il n'obtienne mainlevée de l'opposition, soit à l'amiable [52], soit par une décision du magistrat, *remissio* [53]. Il peut également continuer s'il fournit une *cautio de opere restituendo* [54], qui doit régulièrement être donnée par fidéjusseurs ou au moyen d'une garantie réelle, *satisdatio* [55]. D'après une constitution de Justinien, le dénoncé ne peut user de cette faculté que lorsque le procès a duré plus de trois mois [56]. Quelle que soit, au reste, la décision du magistrat : qu'il accorde ou qu'il refuse la mainlevée, les parties restent toujours libres de faire valoir ultérieurement leurs droits par la voie ordinaire, en intentant les actions pétitoires qui leur compètent [57]. — Si, malgré la mainlevée obtenue ou la caution fournie, le dénonçant trouble le dénoncé dans ses travaux, ce dernier a un interdit prohibitoire à l'effet de faire cesser le trouble [58]. Mais, par contre aussi, si les travaux sont continués sans qu'il ait été fourni caution ou sans que la mainlevée ait été obtenue, le dénonçant peut poursuivre la restitution de l'ancien état au moyen d'un interdit que les commentateurs appellent *interdictum restitutorium* * ou *demolitorium* * [59]. Cet interdit se donne non-seulement contre le dénoncé même, mais contre quiconque se trouve en possession du fonds sur lequel les constructions s'élèvent, et notamment contre ceux

[50] La continuation ; car si l'ouvrage est déjà achevé, la dénonciation de nouvel œuvre n'est plus recevable : les intéressés doivent alors recourir à l'interdit *quod vi aut clam* (ci-après, notes 67 sqq.), ou à d'autres interdits, ou enfin aux actions pétitoires (*negatoria* ou *confessoria*), qui s'adaptent à l'espèce. Fr. 1, § 1, D., *h. t.* — Fr. 3, pr. D., *de mortuo inferendo* 11. 8.

[51] Fr. 1, pr. § 7. Fr. 8, § 2-4. Fr. 20, pr. § 4, D., *hoc titulo.* — Cf. Fr. 5, § 11-13, D., *eodem.*

[52] Soit en fournissant au dénonçant une *cautio de restituendo* (voir les notes 54 et 55), soit au moyen d'un simple pacte fait à l'amiable entre parties. Fr. 1, § 10. D., *h. t.* Cf. Fr. 7, § 14, D., *de pactis* 2, 14.

[53] La mainlevée doit être régulièrement accordée quand l'une des conditions requises pour la dénonciation de nouvel œuvre fait défaut; mais le magistrat peut l'ordonner pour toute autre cause qui lui paraît plausible. Cette grande latitude était toute naturelle dans l'ancien droit, où le préteur décidait lui-même la question *extra ordinem;* elle est maintenue dans le droit nouveau. Fr. 1, pr. § 9. 10. Fr. 5, § 14-19. Fr. 16. 19, D., *h. t.* — Tit. D., *de remissionibus* 43, 25.

[54] Cette caution, ayant pour objet un *facere,* savoir la restitution de l'ancien état de choses, constitue une obligation indivisible. Fr. 4, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 2, § 1, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. *Voy.* ci-dessus, § 192, note 18.

[55] Fr. 5, § 17. Fr. 8, § 2-4. Fr. 12. Fr. 20, § 1-9. 13. Fr. 21, § 1, D., *h. t.* — Fr. 1, § 2-4, D., *de remissionibus* 43, 25. — Fr. 1, § 6, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. — Quand la dénonciation se fait dans un intérêt public, le dénoncé n'a pas besoin de fournir *satisdatio ;* la simple *promissio* suffit. Fr. 1, § 6, D., *de stipulat. prætoriis* 46, 5. Mais *voy.* Fr. 20, § 13, D., *h. t.,* combiné avec Fr. 7, § 14, D., *de pactis* 2, 14.

[56] L. un. C., *hoc titulo.* Cf. ci-après, note 66.

[57] Fr. 19, D., *hoc titulo.*

[58] Fr. 20, § 9-16, D., *hoc titulo.*

[59] Fr. 1, § 7. Fr. 20, pr. § 1-8. Fr. 22, D., *h. t.* — Le dénonçant peut aussi, s'il le préfère, intenter l'interdit *quod vi aut clam.* Ci-après, note 68.

qui ont succédé dans ce fonds, ne fût-ce qu'à titre particulier [60]; ce qui fait dire aux jurisconsultes romains que *nuntiatio in rem fit, non in personam* [61]. Mais il y a entre les deux hypothèses indiquées cette différence que l'auteur des travaux doit être condamné à opérer la destruction à ses frais, tandis que le tiers possesseur est tout simplement tenu de souffrir que la destruction se fasse aux frais du dénonçant [62]. Les effets de la dénonciation cessent, comme nous l'avons vu ci-dessus, par la mainlevée amiable ou judiciaire, ainsi que par la caution que le dénoncé fournit pour garantir la démolition éventuelle du nouvel œuvre [63]. Elle cesse également par la mort du dénonçant ou par l'aliénation qu'il ferait du fonds menacé; car si passivement la dénonciation agit *in rem*, elle est activement restreinte à l'individualité du demandeur [64], sauf les droits que celui-ci a pu acquérir de son vivant par suite de la dénonciation et qui se transmettent naturellement aux héritiers [65]. Il paraît que, dans l'ancien droit, la dénonciation perdait son efficacité si elle n'était pas suivie d'une solution définitive endéans l'année. Justinien a aboli cette rigueur, tout en ordonnant au juge de terminer le litige dans les trois mois; faute de quoi, le dénoncé pourra continuer, à charge de fournir la caution *de restituendo* [66].

III. Interdictum quod vi aut clam †. Ce moyen est dirigé contre des constructions et des travaux nuisibles quelconques [67] que notre voisin aurait faits vi, c'est-à-dire au mépris de notre opposition [68], ou clam, c'est-à-dire clandestinement ou, au moins, sans que le constructeur, tout

[60] Fr. 1, pr. Fr. 8, § 7, D., *h. t.* — Fr. 23, D., *eodem.* « ... Emtor tenetur quia nuntiatio operis non personæ fit, et is demum obligatus est qui eum locum possidet, in quem opus nuntiatum est. » *Voy.* les deux notes suivantes.

[61] Fr. 10, D., *h. t.* — C'est pourquoi, dans le cas où le fonds sur lequel le nouvel œuvre se construit appartient à plusieurs, la dénonciation faite à l'un des copropriétaires agit à l'égard de tous. Fr. 5, § 5, D., *eodem.*

[62] Fr. 20, § 7. 8, D., *h. t.* « ... In heredem eius, qui opus fecit... in id, quod ad eum pervenit dumtaxat dari oportere. » — Fr 22, D., *eodem.* « ... Debet patientiam destruendi operis adversario præstare... Porro autem in pœnam... non succedit. » C'est par cette restriction qu'il faut expliquer le Fr. 3, § 3, D., *de alienatione iudicii mutandi causa facta* 4, 7, qui, à la première vue, paraît refuser à la *nuntiatio* son effet contre les successeurs à titre particulier. — Cf. ci-après, notes 73. 78-81.

[63] *Voy.* ci-dessus, notes 54 et 55.

[64] Fr. 8, § 6, D., *h. t.* C'est pourquoi la dénonciation, faite par un copropriétaire contre des tiers, n'agit point en faveur des autres copropriétaires. Fr. 5, § 6, D., *eodem.*

[65] Fr. 20, § 6, D., *hoc titulo.*

[66] L. un. C., *hoc titulo.* Cf. ci-dessus, note 56.

† Tit. D., *quod vi aut clam* 43, 24.

[67] Travaux nuisibles. Fr. 7, § 7. Fr. 18, D., *h. t.*—Travaux quelconques, pourvu que ce soient des *opera in solo facta.* Fr. 1, § 4. Fr. 7, § 5. 6. Fr. 11, pr. Fr. 20, § 4. Fr. 22, § 1, D., *h. t.* — Fr. 13, pr. § 3-7, D., *eodem.* Cf. Fr. 11, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7.

[68] Soit à la suite d'une *prohibition* matérielle, comme nous l'avons dit ci-dessus, aux notes 30-33, soit à la suite d'une simple *operis novi nuntiatio.* Fr. 73, § 2, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Vi fac-

en prévoyant ou ayant dû prévoir les conséquences préjudiciables que ces travaux devaient avoir pour notre propriété, nous en ait averti [69]. — L'interdit compète au propriétaire du fonds endommagé et à tous ceux qui, par suite d'un *ius in re*, ont un intérêt à ce que le préjudice ne soit point causé (même par extension au fermier) [70], contre l'auteur des travaux, ainsi que contre le possesseur actuel du fonds, qu'il ait ou non fait les constructions, et alors même qu'elles auraient été faites à son insu [71]. — Il tend au rétablissement de l'ancien état de choses et, le cas échéant, au payement des dommages et intérêts [72]. Le rétablissement doit se faire aux frais du défendeur, si c'est contre l'auteur des constructions que l'action est dirigée; dans le cas contraire, le défendeur est simplement tenu de tolérer que les travaux nécessaires à cet effet se fassent aux frais du demandeur [73]. — Le défendeur peut repousser l'action en excipant de la légitime défense et de la nécessité où il se serait trouvé de faire les constructions pour éviter ou prévenir un danger imminent [74]. L'interdit est, d'ailleurs, régulièrement prescrit par l'expiration d'une année utile [75].

IV. L'ACTIO AQUÆ PLUVIÆ ARCENDÆ. †. Cette action, dont l'origine remonte

tum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit... » Cf. Fr. 1, § 5-9. Fr. 7, § 2. Fr. 20, pr. 1, D., *h. t.* – Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1.

[69] Fr. 73, § 2, D., *de regulis iuris* 50, 17. « ... CLAM (factum id videtur esse) quod quisque, cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit. » Cf. Fr. 3, § 7, sqq. Fr. 4. Fr. 5, pr. § 1-4. Fr. 18, § 1, D., *h. t.*

[70] Fr. 11, § 8-14. Fr. 12. 13, pr. § 4. Fr. 16, pr. § 1. Fr. 17. 19, D., *h. t.* – Fr. 13, § 3, D., *eodem*. « ... Socius cum eo (i. e. cum socio) hoc interdicto experiri potest. » Cf. ci-dessus, note 48. – Fr. 15, § 12, D., *h. t.*, 43, 24. – Fr. 2, D., *de sepulcro violato* 47, 12. — L'acheteur à qui le fonds vendu n'a pas encore été livré ne peut intenter l'interdit; mais il peut exiger que le vendeur lui en fasse cession. Fr. 11, § 9. 10. 13, D., *h. t.* – Fr. 13, § 12, D., *emti* 19, 1. *Voy.* ci-dessus, § 211, note 5.

[71] Fr. 5, § 8. 14. Fr. 6. Fr. 13, § 4. 6. Fr. 15, pr. § 1-3, D., *h. t.* – Fr. 16, § 2, D., *eodem*, ci-après, note 73. — Plusieurs auteurs du fait nuisible sont tenus *in solidum*. Fr. 6. Fr. 15, § 2, D., *eodem*. — Les héritiers ne peuvent être poursuivis que *in quantum ad eos pervenit*. Fr. 15, § 3, D., *h. t.*

[72] Fr. 16, § 2, D., *h. t.*, ci-après, note 73. Cf. Fr. 13, § 7. Fr. 15, § 1, D., *h. t.*, et Fr. 4, § 2. Fr. 12. 13, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3. – Fr. 11, § 4. Fr. 15, § 7. 8. 12, D., *h. t.* – Fr. 38, § 11, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 15, § 9. 10, D., *h. t.* « 9. Sed quod interfuit, aut per iusiurandum quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio æstimandum est. 10. Eum autem qui dolo malo fecit, quominus possit restituere, perinde habendum ac si possit. » *Voy.* dessus, § 176, notes 7-11.

[73] Fr. 16, § 2, D., *h. t.* « In summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis; qui fecit, nec possidet, impensam; qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet. » Cf. Fr. 7, pr. Fr. 11, § 6. 7. Fr. 13, § 7. Fr. 15, § 1. 3, D., *eodem*, et Fr. 4, § 2. Fr. 12. 13, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3.

[74] Fr. 7, § 3. 4. 7. Fr. 22, § 2, D., *h. t.* — Il va sans dire que le demandeur qui approuve postérieurement les travaux n'est plus recevable à intenter l'*interdictum quod vi aut clam*. Fr. 3 § 2. Fr. 20, § 2, D., *hoc titulo*.

[75] Fr. 15, § 3. 6, D., *hoc titulo*.

† Tit. D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3.

à la loi des Douze Tables, est employée dans le cas où le voisin fait, détruit ou laisse tomber en ruine des constructions voisines de mon fonds, et que ces faits ou omissions influent à mon préjudice sur le cours des eaux pluviales [76]. — Elle est accordée dans nos sources au propriétaire et à l'emphytéote [77] contre le propriétaire du fonds sur lequel les constructions se trouvent [78], et elle tend à obtenir le rétablissement de l'ancien état de choses aux frais du défendeur, si c'est par son fait que le résultat préjudiciable a été occasionné [79]. Dans tous les autres cas, le défendeur est simplement tenu de laisser faire les travaux nécessaires pour rétablir l'ancien état de choses, et il peut même de ce chef exiger la *cautio damni infecti* [80]. Des dommages et intérêts ne sont accordés que pour le préjudice qui peut survenir après la *litis contestatio* [81]. — L'action cesse quand le défendeur a agi en vertu d'un droit de servitude qui lui compète ou d'une permission émanant de l'autorité publique [82]; quand l'état de choses dont le demandeur se plaint a existé depuis un temps immémorial [83]; quand les travaux que le défendeur a faits étaient nécessaires pour la culture de son fonds [84]; quand le demandeur, ayant eu connaissance des travaux, ne s'y est pas opposé [85].

V. Enfin nous trouvons encore une *actio viæ receptæ* ou *reiectæ*, donnée contre le voisin qui, en empiétant sur un chemin public, l'a rejeté sur notre fonds de manière à nous priver d'une partie de notre propriété ou à nous faire un autre tort quelconque [86].

En dehors de ces obligations, qui naissent par suite de travaux entrepris par le voisin, il y a deux actions qui sont déterminées par la seule situation de deux héritages voisins.

[76] Fr. 1. 2. 23, pr. D., *h. t.* – Fr. 26, D., *de damno infecto* 39, 2. – Cf. Fr. 25, D., *h. t.*, et la note suivante.

[77] Fr. 6, § 4. Fr. 16, D., *h. t.* – Fr. 25, D., *eodem.* « Is cuius fundo via debetur, aquæ pluviæ arcendæ agere potest fundi sui nomine; quoniam deteriore via facta fundo nocetur. » — Fr. 23, § 1, D., *h. t.* « Hæc actio etiam in vectigalibus agris locum habet. » – Fr. 5, § 3, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7.

[78] Fr. 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 2, § 5. 6. Fr. 3, § 4. Fr. 22, pr. § 2, D., *eodem.*

[79] Fr. 6, § 7, D., *h. t.* Cf. les textes cités à la note suivante.

[80] Fr. 2, § 1. 4. Fr. 4, § 2. 3. Fr. 5. 6, § 6. 7. Fr. 12. 13, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, notes 62 et 73.

[81] Fr. 6, § 6. Fr. 14, § 2. 3, D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 1, D., *eodem.* — Pour le dommage antérieurement causé, nous pouvons, s'il y a lieu, recourir à l'interdit *quod vi aut clam*, qui peut aussi nous servir éventuellement à réclamer contre l'auteur de l'entreprise le remboursement des frais que nous avons dû faire pour rétablir l'ancien état de choses. Fr. 4, § 2. 3. Fr. 5, D., *h. t.* – Fr. 12. 13. Fr. 14, § 3, D., *eodem.*

[82] Fr. 2, § 3. 10. Fr. 23, pr. D., *hoc titulo.*

[83] Fr. 2, § 3. 8, D., *eodem.*

[84] Fr. 1, § 3-9. Fr. 24, pr. D., *eodem.*

[85] Fr. 19. 20, D., *eodem.*

[86] Fr. 3, pr. D., *de via publica et itinere publico reficiendo* 43, 10. « Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, tantum in eum viæ receptæ (*Haloander :* viæ reiectæ) actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria irrogata est. »

VI. *Interdictum de arboribus cædendis* †. Le propriétaire d'un fonds peut, en vertu de son droit de propriété, empêcher qu'une autre personne ne dispose, soit du fonds même, soit de ce qui est au-dessus et au-dessous du sol. Par conséquent, si les arbres du voisin étendent leurs branches sur mon terrain, je puis, au moyen de l'action négatoire, obtenir qu'il fasse couper les branches qui dépassent la limite de son fonds [87]. Mais le préteur a encore ajouté à ce droit en créant l'*interdictum de arboribus cædendis*. Si l'arbre se trouve au-dessus de mon bâtiment, je puis, au moyen de cet interdit, demander que l'arbre soit coupé entièrement, soit par le voisin, soit par moi-même, si le voisin s'y refuse [88]. Si c'est au-dessus de mon champ ou de mon jardin que les branches s'étendent, je puis exiger du voisin qu'il coupe non-seulement la partie de l'arbre qui s'avance sur mon terrain, mais encore toutes les branches à l'entour qui dépassent la hauteur de quinze pieds [89].

VII. *Interdictum de glande legenda* †. Si des fruits tombent de mon arbre sur le terrain de mon voisin, je puis me servir de l'*actio ad exhibendum*, à l'effet de les reprendre [90] ; mais comme les fruits seraient gâtés avant que l'action pût être menée à fin, le préteur me donne le droit d'aller les prendre *tertio quoque die,* c'est-à-dire en laissant un jour franc entre mes visites [91].

§ 284. *Des interdits prohibitoires* †.

On appelle prohibitoires les interdits par lesquels nous demandons qu'il soit fait défense à quelqu'un de commettre certains faits qui nous sont préjudiciables [1]. Régulièrement ces actions servent aussi à nous faire obtenir la restitution de l'état de choses qui a existé avant les actes commis

† Tit. D., *de arboribus cædendis* 43, 27.

87 *Voy.* t. I, § 121, notes 3-10, et Fr. 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7.

88 Fr. 1, pr. § 1-6, D., *hoc titulo.*

89 Le passage de l'édit qui traite de ce sujet, Fr. 1, § 7, D., *h. t.*, est interprété de diverses manières. Nous avons adopté l'explication qui nous paraît le mieux concilier les principes généraux avec le texte de l'édit et avec le commentaire de ce texte qui se trouve au Fr. 1, § 8, D., *eodem.* « Quod ait Prætor et Lex XII Tabularum efficere voluit : UT QUINDECIM PEDES ALTIUS RAMI ARBORIS CIRCUMCIDANTUR. Et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino prædio noceret. »

† Tit. D., *de glande legenda* 43, 28. — PLINE, *H. N.*, XVI, 5. « Cautum est præterea lege XII Tabularum, ut glandem in alienum fundum præcidentem liceret colligere. »

90 *Voy.* ci-après, § 285, notes 12. 13, et Fr. 9, § 1, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Cf. Fr. 14, § 3, D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et ci-après, § 284, note 22.

91 Fr. un. D., *de glande legenda* 43, 28.

† GAIUS, IV, 142. — § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 1, § 1, D., *eodem* 43, 1. — Originairement ces interdits portaient exclusivement le nom d'*interdicta,* tandis qu'on appelait *decreta* les ordonnances qui avaient pour but la *restitution* et l'*exhibition* d'une chose. Mais le mot *interdictum* a fini par devenir le terme général pour indiquer ces trois espèces d'ordonnances, et dès lors on a pu parler d'*interdits prohibitoires. Voy.* t. I, § 71, notes 1-3.

1 Le préteur formulait ordinairement cette défense de la manière suivante : VIM FIERI VETO, ou bien tout simplement VETO, INTERDICAM.

contrairement à la défense, ou bien des dommages et intérêts [2]. Le montant de l'indemnité se détermine d'après les règles générales [3]; cependant s'il y a lieu à restitution de fruits, cette obligation ne s'étend point au delà de la *litis contestatio* [4]. En outre, le juge peut prendre des mesures afin de prévenir des contraventions ultérieures, et particulièrement il peut imposer à cet effet des cautions à la partie qui succombe [5]. — Après une année utile, ces actions ne sont plus données pour les dommages et intérêts; mais le défendeur demeure responsable pendant trente ans de tout ce dont il se trouve enrichi au moment de l'action intentée [6].

Un grand nombre de ces interdits ont pour but de nous protéger dans la jouissance de certaines choses qui sont destinées à l'usage public [7], ou dans l'exercice de certains droits qui ne peuvent rigoureusement être comptés parmi les droits patrimoniaux [8].

Quant aux interdits prohibitoires qui concernent les intérêts privés ou patrimoniaux, nous nous bornons à les énumérer rapidement, tout en renvoyant pour les détails aux matières auxquelles ils se rapportent.

Les plus importants de cette catégorie sont les *interdicta retinendæ possessionis,* par lesquels le préteur fait défense de nous troubler dans la possession d'une chose : QUOMINUS POSSIDEATIS VIM FIERI VETO [9]. Ces interdits sont au nombre de deux, l'un pour les immeubles : UTI POSSIDETIS [10], l'autre pour les meubles : UTRUBI [11]. Dans l'ancien droit, il y avait entre

[2] Fr. 1, pr. Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 1, pr. § 5. 8. Fr. 3, § 2. Fr. 4, § 2, D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* 43, 4 et *passim.* — A ce point de vue, les interdits ont donc le même caractère que les *in factum actiones,* dont, au reste, ils ne diffèrent que de nom dans le droit nouveau. *Voy.* ci-après, notes 10 sq., et ci-dessus, § 194 *in fine,* ainsi que tome I, § 71, notes 29-31.

[3] *Voy.* les passages cités à la note précédente, et ci-dessus, §§ 175. 176.

[4] Fr. 3, D., *de interdictis* 43, 1. — Arg. Fr. 1, § 40, D., *de vi* 43, 16.

[5] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 89, note 38.

[6] Fr. 4, D., *de interdictis* 43, 1. — Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17 et *passim.*

[7] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 71, notes 1-4, et Fr. 1, pr. Fr. 2, § 1, D., *de interdictis* 43, 1. — Tit. D., *ne quid in loco sacro fiat* 43, 6. Cf. Fr. 2, § 19, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — Tit. D., *de locis et itineribus publicis* 43, 7. — Tit. D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat* 43, 8. — Tit. D., *de loco publico fruendo* 43, 9. — Tit. D., *de via publica et itinere publico reficiendo* 43, 11. — Tit. D., *de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* 43, 12. — Tit D., *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti æstate priore fluxit* 43, 13. — Tit. D., *ut in flumine publico navigare liceat* 43, 14. — Tit. D., *de ripa munienda* 43, 15. — Fr. 1, § 38, *verbis* Ait Prætor : QUO EX CASTELLO... AQUAM DUCERE, D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43. 20. — Fr. 1, § 15. 16, *verbis* QUOD IN CLOACA PUBLICA, D., *de cloacis* 43, 23. — Fr. 14, D., *de iniuriis* 47, 10.

[8] Tit. D., *de mortuo inferendo et sepulcro ædificando* 11, 8, et t. I, § 71, note 5.

[9] *Voy.,* pour les détails, tome I, § 89.

[10] Tit. D., UTI POSSIDETIS 43, 17. — Fr. 1, pr. D., *eodem.* « Ait Prætor : UTI EAS ÆDES, QUIBUS DE AGITUR, NEC VI NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS : QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO, *rel.* »

[11] Tit. D., *utrubi* 43, 31. « Prætor ait : UTRUBI hic homo, quo de agitur, MAIORE PARTE HUIUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. » Cf. la note suivante.

ces deux interdits *retinendæ possessionis* certaines différences qui ont disparu dans la législation de Justinien [12]. Les mêmes interdits sont accordés, par analogie, afin de protéger la quasi-possession des servitudes personnelles [13] et des servitudes prédiales urbaines, dont l'exercice se confond, pour ainsi dire, avec la possession du fonds dominant [14]. Quant aux servitudes prédiales rurales qui s'exercent par des actes indépendants de la possession du fonds dominant, le préteur en protége la quasi-possession par des interdits particuliers [15]. Il a également créé un interdit spécial pour la protection de la jouissance d'une superficie [16]. — En dehors des actions dont nous venons de parler, des interdits sont donnés à celui qui a été envoyé en possession d'une chose, pour quelque cause que ce soit, afin de le protéger dans sa possession ou détention : NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS EST [17]. — Le droit de gage et d'hypothèque et le contrat de louage nous ont fourni l'occasion [18] de parler de l'interdit *Salvien* et de l'interdit *de migrando* [19], l'un et l'autre prohibitoires, bien que l'interdit Salvien ait pour but de nous faire obtenir une possession que nous n'avions pas auparavant, *adipiscendæ possessionis* [20]. — Enfin les interdits que nous avons mentionnés en traitant de la

[12] § 4, I., *de interdictis* 4, 15. — Le Tit. D., *utrubi* 43, 31, renferme une singulière contradiction. Tandis que le § 1 du fragment unique de ce titre reproduit la disposition du § 4, I., *cité :* « vim huius interdicti exæquatam fuisse *Uti possidetis* interdicto », le Princ. du même fragment donne la formule de l'*interdictum Utrubi,* conformément à l'ancienne rédaction, par suite de laquelle cet interdit présentait la particularité que la victoire appartenait, non pas à la partie qui possédait actuellement, mais à celle qui avait possédé la chose litigieuse pendant la plus grande partie de l'année et dont la possession n'était pas vicieuse à l'égard de la partie adverse ; ce qui donnait à l'*interdictum utrubi* un caractère mixte, *tam prohibitorium quam restitutorium.* GAIUS, IV, 150-152. — PAUL, V, 6, 1. *Voy.* ci-dessus, § 253, note 22, et t. I, § 89, notes 9-11.

[13] *Voy.* t. I, § 138, notes 2-4.

[14] *Voy.* t. I, § 138, notes 5. 8. Cf. Fr. 20, pr. D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. « Servitutes quæ in superficie consistunt, possessione (*scilicet* fundi vel superficiei) retinentur. » — Il y a cependant un interdit particulier *de cloacis.* Fr. 1, pr. in f. D., *uti possidetis* 43, 17, et Tit. D., *de cloacis* 43, 23. Cf. t. I, § 138, notes 7 et 16.

[15] Tels sont les interdits *de itinere actuque privato* (Tit. D., 43, 19); *de aqua quotidiana et æstiva* (Tit. D., 43, 20); *de rivis* (Tit. D., 43, 21); *de fonte* (Tit. D., 43, 22). *Voy.* tome I, § 138, notes 9-17.

[16] Tit. D., *de superficiebus* 43, 18. *Voy.* tome I, § 152, notes 15. 20 sqq.

[17] Tit. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* 43, 4. — Cf. Fr. 1, § 2, D., *eodem.* « Est autem generale hoc interdictum. Pertinet enim ad omnes qui in possessionem a Prætore missi sunt. Convenit enim Prætori, omnes quos ipse in possessionem misit, tueri. Sed sive rei servandæ causa, sive legatorum, aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem..... » Dans ce passage, comme presque toujours, notre moyen est appelé *in factum actio;* mais dans les Fr. 3 et 4, D., *eodem,* il est qualifié d'*interdictum.* Cf. ci-dessus, note 2.

[18] *Voy.* ci-dessus, § 216 in f., et t. I. § 153, notes 16-21 ; § 167, I.

[19] Tit. D., *de migrando* 43, 22. — Tit. D., *de interdicto Salviano* 43, 33. — Tit. C., *de precario et Salviano interdicto* 8, 9.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 19-21, et § 167, note 4.

dénonciation de nouvel œuvre [21], ainsi que les *interdicta de arboribus cædendis* et *de glande legenda* [22], appartiennent également à la catégorie des interdits prohibitoires.

§ 285. *De l'*actio ad exhibendum *et des interdits exhibitoires* †.

I. L'*actio ad exhibendum* sert à demander qu'une chose nous soit exhibée, c'est-à-dire représentée de manière que nous soyons à même d'en prendre inspection [1]. Pour pouvoir l'intenter, il faut que nous ayons à l'exhibition un intérêt pécuniaire fondé sur une juste cause, c'est-à-dire sur un droit qui nous compète [2]. Or, comme dans le *ius civile*, droit et action sont synonymes, on peut dire aussi que l'*actio ad exhibendum* n'existe que par rapport à une action qu'elle sert à préparer ou à rendre possible [3]. Dans la plupart des cas elle sert à préparer une revendication, et c'est même principalement pour cet usage qu'elle a été inventée [4]. Souvent, en effet, il peut nous importer de constater d'abord l'identité de la chose que nous réclamons [5]; souvent aussi, quand la chose à revendiquer se trouve jointe à une autre de manière à ne faire qu'un avec elle, nous devons, avant d'intenter la revendication, avoir obtenu la séparation, à l'effet de donner une existence individuelle à la chose que nous poursuivons. Dans l'un et l'autre de ces cas, l'*actio ad exhibendum* nous sert à atteindre notre but [6]. Elle peut également servir à préparer d'autres actions

[21] *Voy.* ci-dessus, § 283, notes 58. 59.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 283, VI. VII.

† GAIUS, IV, 141 sqq. – § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Titt. D., *ad exhibendum* 10, 4 ; C., *eodem* 3, 42.

[1] Fr. 56, D., *de procuratoribus* 3, 3. – Fr. 38, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 2. Fr. 5, §9, D., *h. t.* – L. 4. C., *de crimine expilatæ hereditatis* 9, 12. – Cf. Fr. 3, § 8, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5. – Fr. 3, § 8, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29. « Ait Prætor : EXHIBEAS. Exhibere est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem præbere. Proprie autem exhibere est, extra secretum habere. » – Fr. 22, D., *de verborum signif.* 50, 16. « Plus est in restitutione quam in exhibitione : nam EXHIBERE est, præsentiam corporis præbere... Cf. ci-après, § 286, note 1. – Fr. 246, D., *eodem.*

[2] Fr. 13, D., *h. t.* « ... Quia hæc actio ei creditur competere, cuius pecuniariter (*al.* peculiariter) interest. » Un simple caprice ou un intérêt qui n'est fondé sur aucun droit ne suffisent point. Fr. 19, D., *eodem.* — Il va sans dire que c'est au demandeur d'établir son intérêt, ce qui n'implique pas nécessairement un droit précis et déterminé. Fr. 3, § 9, D., *h. t.* « Sciendum est.... competere ad exhibendum actionem... ei quoque cuius interest exhiberi. Iudex igitur *summatim* debet *cognoscere*, an eius intersit ; non, an eius res sit : et sic iubere vel exhiberi, vel non quia nihil interest. » – Fr. 3, § 11 in f. 13, D., *eodem.*

[3] Fr. 2, D., *h. t.* — Cette dernière est alors appelée *directa*. Fr. 3, § 13. Fr. 17, D., *h. t.*

[4] C'est du moins ce que nous dit ULPIEN, Fr. 1, D., *hoc titulo.*

[5] Fr. 3, § 7, D., *hoc titulo.*

[6] Fr. 6. Fr. 7, § 1. 2, D., *h. t.* – Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. *Voy.* tome I, § 102, note 5 et § 103, note 2.—Le Fr. 15, D., *h. t.*, traite d'un cas où notre trésor est enfoui dans le terrain d'autrui.

réelles tendant à poursuivre la reconnaissance d'un *ius in re* [7]. Mais l'utilité de l'action n'est pas restreinte aux droits réels ; elle peut parfois être indispensable pour arriver à la réalisation d'un droit d'obligation [8]. Ainsi quand quelqu'un m'a légué deux choses alternativement, à mon choix, je puis demander que ces choses me soient exhibées pour que je choisisse en connaissance de cause [9]. De même quand l'un de vos esclaves m'a causé un dommage et que vous m'offrez l'abandon noxal, afin d'éviter l'action en réparation du dommage, je puis exiger que tous vos esclaves me soient exhibés, afin que je ne reçoive pas un esclave d'une valeur inférieure [10], etc. — Bien que l'*actio ad exhibendum* soit de sa nature préparatoire, il se peut cependant que de fait elle nous fasse obtenir le même résultat que l'action qu'elle sert à préparer, et rende ainsi cette dernière inutile [11]. Cela a lieu, par exemple, dans les cas où l'action principale, et notamment la revendication, est devenue impossible, parce que la chose a péri ou disparu par le dol de celui qui la détenait [12]. Un autre cas est celui où ma nacelle a été entraînée par le torrent sur votre terrain. Dans cette hypothèse, je ne puis intenter la revendication, parce que vous ne possédez ni ne détenez même la chose ; je ne puis non plus l'aller prendre, parce que je n'ai pas le droit d'envahir votre terrain. Mais j'obtiens la restitution de la nacelle au moyen de l'*actio ad exhibendum* [13].

L'*actio ad exhibendum* est une action arbitraire, c'est-à-dire que le juge menace le défendeur d'une condamnation pécuniaire, à moins qu'il n'exhibe la chose dont il s'agit [14]. L'exhibition se fait aux frais du deman-

[7] Fr. 3, § 12, D., *h. t.* « Pomponius scribit : eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse, forte si homo primi sit, secundi in eo ususfructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoratum sibi eum affirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem. ».

[8] Fr. 3, § 3. 4. 5. 6. 7. 11. Fr. 6. Fr. 12, § 2, D., *h. t.*

[9] Fr. 3, § 6. 10. Fr. 12, § 2, D., *h. t.* – Fr. 8, § 3, D., *de optione vel electione legata* 33, 5. Cf. t. III, § 428, note 20.

[10] Fr. 3, § 7, D., *hoc titulo*. Cf. ci-dessus, § 282, note 15.

[11] Fr. 5, § 2-5. Fr. 9, § 1. Fr. 15, D., *h. t.* – Fr. 25, D., *emti* 19, 1. – Fr. 16, D., *de præscr. verbis* 19, 5.

[12] Fr. 5, § 2. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* – Fr. 12, § 3, D., *eodem*, ci-dessus, t. I, § 99, note 13. — Cf. Fr. 23, § 6, D., *de rei vind.* 6, 1 ; Fr. 1, § 2, D., *de tigno iuncto* 47, 3.

[13] Fr. 5, § 4, D., *h. t.* – Cf. Fr. 5, § 5. Fr. 9, § 1. Fr. 15, D., *eodem*, combinés avec Fr. 7, § 1. 2, D., *de damno infecto* 39, 2. *Voy.* ci dessus, § 283, note 29 et § 282, note 39.

[14] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. – § 3, I., *de officio iudicis* 4, 17. « Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est, sed opus est, ut etiam causam rei debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset : ideoque, si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnatur. Prætera fructus medii temporis, id est eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam, intercessit, rationem habere debet iudex. Quodsi neget is, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere se posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse. »

deur [15]. Le défendeur peut, s'il y a lieu, obtenir un délai moyennant caution [16]. S'il refuse l'exhibition ou qu'il la rende impossible par son dol ou sa faute, il est condamné aux dommages et intérêts, dont le montant se détermine par l'intérêt du demandeur [17].

L'*actio ad exhibendum*, comme nous l'avons dit ci-dessus, compète à tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire à l'exhibition [18]. Pour prévenir la chicane, le juge peut imposer au demandeur des cautions pour le dommage éventuel auquel le défendeur se trouve exposé [19]. — Elle peut être dirigée contre quiconque est à même de faire l'exhibition demandée [20]. L'obligation d'exhiber résulte donc, non pas d'un fait du défendeur, mais de la circonstance accidentelle qu'il se trouve avoir la détention de la chose. C'est pourquoi l'action est appelée *in rem scripta*, bien qu'elle tende à l'exécution d'une obligation et appartienne par conséquent à la classe des *actiones in personam* [21]. Elle se donne ainsi contre tout détenteur [22], pourvu qu'il soit à même de faire l'exhibition de la chose [23], ou que, par son dol, il se soit mis dans l'impossibilité d'exhiber, *qui dolo fecit quominus possideret* [24]. — L'*actio ad exhibendum* étant *in rem scripta* ou bien fondée sur le dol, il va sans dire qu'elle ne se donne pas contre les héritiers du défendeur, à moins qu'ils n'aient eux-mêmes la chose en leur pouvoir ou qu'ils ne se trouvent enrichis par le fait de leur auteur [25].

II. La loi romaine contient encore des dispositions particulières sur l'exhibition des titres relatifs à un droit qui nous compète, et d'un testament qui renferme des dispositions en notre faveur. Dans le premier cas, le préteur nous donne une *in factum actio*, afin d'obtenir l'exhibition ou des

[15] § 3, I., *cité*. — Fr. 9, § 5-8. Fr. 11, § 1, D., *hoc titulo*.

[16] § 3, I., *cité*, in fine. — Fr. 12, § 5, D., *hoc titulo*.

[17] § 3, I., *cité*. — Fr. 3, § 2. Fr. 5, § 2. Fr. 7, § 4. 6. 7. Fr. 8. Fr. 9, pr. § 1-4. 7. 8. Fr. 10, 11, pr. Fr. 12, § 4. Fr. 15, D., *h. t.* — Fr. 11 in f. D., *de reb. cred.* 12, 1. — Fr. 27, D., *de pignoribus* 20. 1. — Fr. 1, § 2, D., *de tigno iuncto* 47, 3. — L. 3. 5, C., *h. t.* — En cas de dol du défendeur, il peut y avoir lieu au *iusiurandum in litem* pour l'évaluation des dommages et intérêts. Fr. 3, § 2. Fr. 5, § 2, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 176, notes 8 et suivantes.

[18] *Voy.* ci-dessus, notes 2-15. Cf. Fr. 3, § 9, D., *h. t.* « Iudex igitur *summatim* debebit cognoscere an eius intersit. » — Fr. 3, § 13. 14, D., *eodem*.

[19] Fr. 5, § 3. 4. 5, D., *h. t.* Cf. Fr. 7, § 2, D., *de damno infecto* 39, 2, et ci-dessus, § 283, note 29.

[20] Fr. 5, pr. D., *h. t.* « ... Quæ species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri. »

[21] *Voy.* tome I, § 50, III.

[22] Fr. 3, § 15. Fr. 4. Fr. 5, D., *hoc titulo*.

[23] Fr. 5, § 6, D., *h. t.* Elle se donne aussi contre le non-détenteur, qui peut, à volonté, se procurer la chose. Fr. 5, § 4-5. Fr. 9, § 1, D., *h. t.*

[24] Fr. 9, pr. § 1-4. Fr. 12, § 3. Fr. 14, D., *h. t.* — Fr. 27, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 1, § 2, D., *de tigno iuncto* 47, 3. — L. 5, C., *hoc titulo*.

[25] *Voy.* tome I, § 56, notes 6. 10, et Fr. 12, § 6, D., *hoc titulo*.

dommages-intérêts; pour la seconde espèce, il y a un *interdictum de tabulis exhibendis* [26].

Nous rencontrons en outre plusieurs interdits ayant pour but de nous faire obtenir l'exhibition de personnes libres qui se trouvent dans un rapport de soumission envers nous. Ainsi le père de famille peut exiger l'exhibition des enfants sous puissance qui sont retenus par un tiers, *interdictum de liberis exhibendis* [27]. Le même droit appartient au mari à l'égard de sa femme, *interdictum de uxore exhibenda* [28], et au patron à l'égard de l'affranchi qui lui doit des services, *interdictum de liberto exhibendo* [29]. Enfin, tout citoyen peut réclamer l'exhibition d'un homme libre qui est retenu illégalement, au moyen d'une action privilégiée, *interdictum de libero homine exhibendo* [30].

§ 286. *Des interdits restitutoires et de diverses autres actions.*

† Les interdits restitutoires ont pour but soit la restitution d'une chose que le défendeur détient, soit le rétablissement d'un état de choses qui a été altéré à notre préjudice, le tout avec dommages et intérêts, s'il y a lieu [1].

Parmi les interdits ayant pour objet la restitution d'une chose, figurent en premier lieu ceux qui servent à nous faire recouvrer une possession perdue, *interdicta recuperandæ possessionis* [2]. Les jurisconsultes clas-

[26] *A*) Titt. D., *de edendo* 2, 13; C., *eodem* 2, 1. Cf. aussi Fr. 3, § 14, D., *ad exhibendum* 10, 4. — *B*) Titt. D., *de tabulis exhibendis* 43, 5; C., *eodem* 8, 7. Cf. ci-après, t. III, § 395, notes 6 sqq.

[27] Titt. D., *de liberis exhibendis item ducendis* 43, 30; C., *eodem* 8, 8. *Voy.* ci-après, t. III, § 326, notes 31 sqq.

[28] Fr. 1, § 5. Fr. 2, D., *de liberis exhibendis* 43, 30, et ci-après, t. III, § 308, note 4.

[29] Gaius, IV, 162. « Igitur... exhibitorium interdictum redditur, veluti ut... exhibeatur libertus, *cui patronus operas indicere volet...* » — Fr. 2, § 1, D., *de interdictis* 43, 1. — *Voy.* ci-après, t. III, § 334 *in fine.*

[30] Paul, V, 6, 14. — Tit. D., *de homine libero exhibendo* 43, 29. — Tit. C., *de liberis exhibendis seu deducendis et libero homine exhibendo* 8, 8. — Cf. Fr. 3, § 14, D., *eodem.* « Hoc interdictum *et in absentem* esse rogandum Labeo scribit : sed si non defendatur, in bona eius eundum ait. »

† Gaius, IV, 140 sqq. — § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 1, § 1, D., *eodem* 43, 1.

[1] Fr. 22, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Plus est in *restitutione* quam in *exhibitione.* Nam exhibere est præsentiam corporis præbere : restituere est, etiam possessorem facere fructusque reddere. Pleraque præterea restitutionis verbo continentur. » Cf. Fr. 73, D., *eodem.* — Fr. 35, § 1, *verbis* Non debere D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 38, § 4, D., *de usuris* 22, 1. « .... Nam et verbum restituas, quod in hac re Prætor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur. » — Les dommages et intérêts se déterminent et s'évaluent d'après les principes généraux exposés ci-dessus, §§ 175. 176, sauf en ce qui concerne les fruits qui, dans les interdits, ne sont généralement dus que depuis la *litis contestatio* (Fr. 3, D., *de interdictis* 43, 1), à l'exception de l'*interdictum fraudatorium* et des interdits *quod vi aut clam* et *unde vi.* Cf. ci-après, § 300, notes 24 sqq., et ci-dessus, t. I, § 89, note 37; § 90, notes 11. 32, ainsi que Fr. 38, § 5. 11, D., *de usuris et fructibus* 22, 1.

[2] *Voy.*, sur ces interdits, t. I, § 90.

siques en mentionnent trois : l'inderdit de *vi* ou *unde vi,* donné à celui qui a été, par violence, dépossédé d'un immeuble contre les auteurs et les ordonnateurs de la dépossession; l'interdit *de clandestina possessione* donné contre celui qui nous a privé clandestinement de la possession d'un immeuble; l'interdit *de precario* contre celui qui refuse de nous restituer la chose que nous lui avons remise à titre précaire. Depuis que l'on eut admis que la possession d'un immeuble ne peut se perdre clandestinement, le second de ces moyens a naturellement disparu et se trouve virtuellement remplacé par l'*interdictum de vi;* mais nous rencontrons depuis Constantin, sous le nom de *interdictum momentariæ possessionis*, une action possessoire subsidiaire, qui a pour but de nous faire recouvrer la possession d'une chose, mobilière ou immobilière, dans les cas où, pour une raison quelconque, les interdits *de vi* ou *de precario* ne peuvent être employés utilement [3]. — D'autres interdits, compris dans notre catégorie, sont *adipiscendæ possessionis*, c'est-à-dire qu'ils ont pour but de nous faire avoir une possession que nous n'avions point auparavant [4]. En traitant des anciens modes d'acquisition de la propriété, nous avons mentionné un interdit de ce genre, appelé *sectorium*, qui se donnait à l'acquéreur des biens, exposés en vente publique ensuite d'une *bonorum sectio* [5]. Nous aurons bientôt à parler d'un interdit analogue qui, sous le nom de *possessorium*, permet à l'acheteur des biens d'un débiteur insolvable de se mettre en possession de ces biens, et dans cette même matière nous rencontrons l'*interdictum fraudatorium* créé à l'effet de faire obtenir aux créanciers d'un débiteur insolvable la restitution des biens aliénés en fraude de leurs droits [6]. Enfin les successions à cause de mort donnent lieu à deux espèces intéressantes d'interdits *adipiscendæ possessionis :* l'interdit *quorum bonorum*, offert à la personne qui a obtenu l'envoi en possession des biens d'un défunt, à l'effet de réaliser la prise de possession [7], et l'interdit *quod legatorum,* au moyen duquel l'héritier peut obtenir la restitution des choses héréditaires dont un légataire s'est emparé arbitrairement et de sa propre autorité [8]. — Rappelons, à cette occasion, que l'ancien droit connaissait certains interdits ayant un caractère mixte, *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis* [9].

L'*interdictum quod vi aut clam*, dont nous avons parlé ci-dessus, est le plus important des interdits restitutoires qui ont pour but le rétablisse-

[3] *Voy.* t. I, § 90, IV.
[4] *Voy.* t. I, § 71, nº 2.
[5] *Voy.* t. I, § 97, IV.
[6] *A*) Gaius, IV, 146, et ci-après, § 299 *in fine.* — *B*) Ci-après, § 300.
[7] Gaius, III, 34. IV, 144. — Tit. D., *quorum bonorum* 43, 2; Th. C., *eodem* 4, 21; I. C., *eodem* 8, 2. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, §§ 359. 372. 410.
[8] Tit. D., *quod legatorum* 43, 3; C., *eodem* 8, 3. — *Voy.* ci-après, t. III, § 424.
[9] *Voy.* t. I, § 71, nº 2.

ment d'un état de choses altéré à notre préjudice [10]. En traitant du *damnum infectum* et de la dénonciation de nouvel œuvre, nous avons eu l'occasion de mentionner d'autres actions rentrant également dans cette catégorie [11]. Enfin l'édit contient encore plusieurs interdits appartenant au même ordre d'idées et fondés sur une atteinte portée à la jouissance des choses qui sont destinées à l'usage public [12].

Pour terminer notre matière, il nous resterait à mentionner un grand nombre d'obligations particulières qu'il est impossible de classer par catégories; nous nous bornerons, en conséquence, à les énumérer dans un ordre plus ou moins arbitraire [13].

La loi des Douze Tables avait créé une *actio de tigno furtivo* donnée contre celui qui, dans une construction élevée par lui, avait employé de mauvaise foi des matériaux d'autrui. Cette action, donnée au propriétaire des matériaux et tendant au payement de la double valeur, fut par la suite étendue même au cas où le constructeur avait agi de bonne foi, *actio de tigno iuncto* [14]. — L'*actio arborum furtim cæsarum*, donnée contre celui qui a furtivement coupé les arbres d'autrui, remonte également à la loi des Douze Tables [15]. — Enfin diverses *in factum actiones* appartenant à des époques différentes et dont les unes tendent simplement à la réparation d'un dommage causé par le fait du défendeur, tandis que d'autres renferment un élément pénal.

Dans la première catégorie, nous remarquons les actions prétoriennes données contre l'*agrimensor* qui, par son dol ou par sa faute lourde, nous a causé un dommage, en indiquant une fausse mesure [16]; contre celui

[10] *Voy.* ci-dessus, § 283, III.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 283, notes 15. 17.

[12] Fr. 2, § 35, D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat* 43, 8. — Fr. 1, § 11, D, *ne quid in flumine publico fiat* 43, 13. — Fr. 1, § 15, D., *de cloacis* 43, 23.

[13] Nous ne comprenons point dans cette énumération les actions dont nous avons déjà eu l'occasion de parler antérieurement, telles que l'*actio quod metus causa* et l'*actio rerum amotarum*, ni celles dont nous aurons encore à traiter avec quelques détails dans la suite, par exemple l'*actio Pauliana*, ci-après, § 300.

[14] § 39, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 49, D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Tit. D., *de tigno iuncto* 47, 3. — Cf. FESTUS, v° TIGNUM IUNCTUM ÆDIBUS VINEÆQUE ET CONCAPET, NE SOLVITO. *Voy.* t. I, § 102.

[15] Tit. D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7. — Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Si furtim arbores cæsæ sint, et ex lege Aquilia et ex XII Tabularum dandam actionem, Labeo ait... » — Fr. 11, D., *eodem.* — Fr. 28, § 6, D., *de iureiurando* 12, 2. — Cf. PLINE, *H. N.*, XVII, 1, et GAIUS, IV, 11.

[16] Tit. D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6. — Fr. 1, pr. § 1, D., *h. t.* « ... Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi : et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde *honorarium* appellari... 1. Hæc actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit; sed et si negligenter, æque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum præstare, propter verba edicti; utique enim scit Prætor, et mercede eos intervenire.

qui nous empêche d'enterrer un mort dans notre terrain [17]; contre celui qui enterre un mort dans notre terrain malgré nous [18]. L'édit donne aussi une *in factum actio* contre la personne qui aliène une chose afin de rendre la poursuite de notre droit plus difficile ou plus onéreuse [19]; il nous protége également contre des voies de fait ou des menaces qui nous empêchent de comparaître en justice [20]. Enfin, la personne envoyée en possession d'une chose a le choix entre un interdit et une *in factum actio* pour se défendre contre tout trouble apporté à sa possession [21].

Parmi les actions pénales, nous trouvons une action civile contre les violateurs d'un tombeau [22]. L'édit du préteur punit celui qui corrompt notre esclave, en le dépravant ou en lui faisant commettre des actes illicites [23]; ceux qui causent un dégât dans un attroupement ou à l'occasion d'un danger public, tel que naufrage, incendie [24]; les préposés de la douane qui, dans l'exercice de leurs fonctions, se rendent coupables d'un fait dommageable et illicite [25]. D'autres actions prétoriennes ont pour but de sauvegarder le libre exercice de la justice, en menaçant de peines ceux qui refusent de se rendre à une *in ius vocatio* ou d'obéir aux jugements [26], ainsi que ceux qui détruisent ou dégradent les tables, *album* [27], sur lesquelles sont écrits les édits des magistrats [28]. Nous pouvons encore mentionner dans cet ordre d'idées l'*actio de calumniatoribus*, tendant au quadruple et donnée contre celui qui, pour de l'argent, intente ou abandonne une procédure chicanière [29].

† En dernier lieu nous avons à rappeler que l'*actio de dolo* peut servir à l'effet d'obtenir réparation de tout dommage qui nous a été causé par dol [30], mais seulement dans le cas où aucun autre moyen de droit ne

[17] Fr. 8, § 5. Fr. 9, D., *de religiosis* 11, 7.

[18] Fr. 2-8, D., *de religiosis* 11, 7. — Cf. Fr. 6, § 6, D., *communi dividundo* 10, 3.

[19] Tit. D., *de alienatione iudicii mutandi causa facta* 4, 7. — Tit. C., *eodem* 2, 55.

[20] Tit. D., *ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat* 2, 7. – Tit. D., *de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat* 2, 10.

[21] Tit. D., *ne vis fiat ei qui in poss. missus erit* 13, 4. *Voy.* ci-dessus, § 284, note 17.

[22] Tit. D., *de sepulcro violato* 47, 12. – Tit. C., *eodem* 9, 19.

[23] Tit. D., *de servo corrupto* 11, 3. – Tit. C., *de furtis et servo corrupto* 6, 2.

[24] Tit. D., *de incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata* 47, 9. — Cf. Paul, V, 3. – *Coll. leg. Mos.* XII, 5 sqq., et ci-dessus, § 270, note 13.

[25] Fr. 1, D., *de publicanis et vectigalibus et commissis* 39, 4.

[26] Tit. D., *si quis ius dicenti non obtemperaverit* 2, 3.

[27] Album. Cf. ci-dessus, t. I, n° 120, note 1. Cf. n° 94, note 27.

[28] Fr. 7-9, D., *de iurisdictione* 2, 2.— Cette action est populaire et se donne *in solidum* contre plusieurs coupables. Fr. 7, pr. § 5. Fr. 8. 9, D., *eodem.*

[29] Tit. D., *de calumniatoribus* 3, 6. — Cf. Gaius, IV, 174-181, et § 1, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. — Le titre du code qui porte l'inscription : *De calumniatoribus* 9, 46, traite d'une tout autre matière.

† Tit. D., *de dolo malo* 4, 3. — Tit. Th. C., *eodem* 2, 15. — Tit. I. C., *eodem* 2, 21.

[30] Fr. 9, § 2-4, D., *h. t.* — Fr. 18, D., *eodem.* « 3. De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem... 4. Dolo cuius effectum

saurait être employé utilement [31]. Aussi le juge ne doit-il l'admettre qu'après un examen préalable des circonstances dans lesquelles elle est demandée, *causa cognita* [32]. — Elle est accordée à la victime et à ses héritiers contre l'auteur des manœuvres frauduleuses qui ont causé le préjudice [33]. Plusieurs auteurs sont tenus *in solidum* [34]. Les héritiers ne sont passibles de l'action que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis par suite du dol de leur auteur, *in quantum ad eos pervenit* [35]. — Le défendeur coupable est condamné à indemniser le demandeur de tout dommage causé [36] ; il subit en outre la peine de l'infamie [37]. Il est cependant à remarquer que l'action est arbitraire et que, par suite, le défendeur peut éviter la condamnation en s'exécutant volontairement [38]. — Le demandeur qui s'est rendu lui-même coupable de fraude à l'occasion des faits qui ont donné lieu à l'action est invinciblement repoussé par l'exception de dol [39]. Dans l'ancien droit, l'action s'éteignait par l'expiration d'une année utile. Constantin a fixé le délai à deux années continues

est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait de dolo dandum iudicium..... 5. Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam... » — Fr. 19, D., *eodem*. « Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actione reddi adversus eum oportere, Neratius Priscus et Iulianus responderunt ; quoniam, debitore liberato, per consequentias ipse quoque demittitur. » — Fr. 20, pr. D., *eodem*. « Servus tuus, cum tibi deberet, nec solvendo esset hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit, et tibi solvit. Labeo ait, de dolo malo actionem in te dandam : quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit. » *Voy.* aussi Fr. 5, § 3. Fr. 16, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et ci-dessus, § 243, note 4.

[31] Fr. 1, § 1. 4. 6. 7. Fr. 7, § 3. Fr. 9, pr. Fr. 18, § 3. Fr. 25. 38. 40, D., *h. t.* Le motif de cette disposition restrictive est la circonstance que la condamnation, dans cette action, entraîne l'infamie. Fr. 1, § 4, D., *h. t. Voy.* ci-dessus, § 199, Observation 1 ; § 202, note 15, et t. I, § 75, note 9. C'est par le même motif que l'action ne peut être intentée contre des personnes auxquelles nous devons le respect, ni pour des sommes de minime valeur, c'est-à-dire au-dessous de deux solides. Fr. 9-13, D., *h. t.*, et ci-après, n° 43. — La considération de l'infamie qu'entraîne la condamnation dans l'action *de dolo* est le motif déterminant de la restriction dont nous venons de parler. Il y a cependant encore d'autres raisons qui devaient faire préférer, même à la victime du dol, l'emploi d'une autre action quelconque : 1° Précisément à cause de l'infamie, la condamnation s'obtenait plus difficilement dans l'*actio de dolo*. 2° L'action ne se donnait point contre les héritiers du coupable, à moins qu'ils ne fussent enrichis par suite de dol de leur auteur. Ci-après, note 36. 3° Elle se prescrivait par le laps d'un an, plus tard de deux ans. Ci-après, note 40.

[32] Fr. 1, § 1. Fr. 9, § 5. Fr. 13, § 1, D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem*.

[33] Fr. 8. 9, § 2. Fr. 19. 35. 39, D., *h. t. Voy.* cependant Fr. 15, § 3, D., *eodem*, et ci-après, note 43.

[34] Fr. 17, pr. D., *hoc titulo*.

[35] Fr. 17, § 1. Fr. 26. 27. 28, D., *hoc titulo*.

[36] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 18, pr. § 1-4, D., *hoc titulo*.

[37] § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. — Fr. 4, § 5, D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. — Fr. 1, § 4, D., *hoc titulo*.

[38] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 18, pr. § 1. 4, D., *hoc titulo*.

[39] Fr. 36, D., *h. t.* « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. » Cf. ci-dessus, § 202, note 32.

qui commencent à courir du jour où le dol a été commis [40]. Après l'expiration de ce temps, le demandeur peut cependant encore intenter une simple *in factum actio* qui n'entraîne point l'infamie et tend uniquement à obtenir ce dont le défendeur se trouve enrichi [41]. C'est sous la même forme et avec les mêmes effets qu'on peut agir, en tout temps, contre les personnes que leur condition privilégiée met à l'abri de l'*actio doli* proprement dite [42].

TITRE TROISIÈME.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

APERÇU GÉNÉRAL.

§ 287.

Les obligations s'éteignent naturellement par l'exécution de la prestation qui en fait l'objet. Cette prestation exécutée, le lien obligatoire qui existait entre les parties se trouve en effet dissous, et c'est par ce motif que les Romains se servent des mots *solvere, solutio*, pour désigner ce mode d'extinction des obligations [1]. Mais il est d'autres faits encore qui amènent la libération du débiteur, sans qu'il y ait eu *solutio* dans le sens rigoureux du mot que nous venons d'indiquer. C'est probablement sur cette différence que reposait originairement la distinction du droit romain, d'après laquelle certains faits éteignent les obligations *ipso iure*, tandis que d'autres faits n'amènent la libération du débiteur que *per exceptionem*. Les termes *ipso iure* et *per exceptionem*, s'expliquent aisément par l'ancienne procédure, en ce sens que les faits appartenant à la seconde catégorie devaient être insérés dans la formule sous forme d'exception, pour que le juge pût déclarer le défendeur libéré et l'absoudre, tandis

[40] L. 8, C., *hoc titolo*. Cf. L. 3, C., *eodem*.

[41] Fr. 28. 29, D., *hoc titulo*.

[42] Fr. 29, D., *h. t.* Cf. Fr. 15, D., *eodem*. « Sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum (id est, pupillum) dandam actionem, sicut exceptio datur. 1. Sed an in municipio de dolo datur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari : quid enim dolo municipes facere possunt? Sed, si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res administrant, puto dandam. ... 2. Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum pervenit. Nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur. »

[1] *Voy.* ci-dessus, § 169, note 11, et ci-après, § 288, note 1.

que, à l'égard des faits de la première catégorie, pareille insertion n'était point nécessaire [2].

L'hypothèse que nous venons d'émettre a un grand degré de probabilité. Mais, si elle explique l'origine de la distinction, elle ne suffit point pour en faire connaître exactement la nature et l'importance dans le droit nouveau. Le développement historique de notre matière se fit, en général, d'une façon analogue à celle que nous avons signalée en traitant de l'établissement des obligations. Le droit civil admit peu à peu, comme causes d'extinction, des faits auxquels ce caractère n'avait pas été reconnu dans le principe. Mais nous ne trouvons point ici la rigueur logique et la précision que nous sommes accoutumés à rencontrer dans le développement des autres institutions. Cette imperfection s'explique par deux considérations : d'abord, les modes d'extinction, offrant moins d'intérêt que les modes d'acquisition, sont en général traités avec peu de soin par le législateur et par la jurisprudence [3]; ensuite le système formulaire de la procédure, sur lequel repose la distinction dont il s'agit, se développa lui-même d'une manière relativement moins rationnelle que les autres grandes institutions du droit privé, et il finit par disparaître avant que d'être arrivé à son dernier degré. Quoi qu'il en soit, il serait plus que difficile, non-seulement de suivre pas à pas les phases historiques de notre distinction, mais encore d'en exposer, d'une manière entièrement exacte, l'état dans la législation de Justinien [4]. C'est pourquoi nous nous bornerons ici à faire observer que l'on peut considérer comme agissant indubitablement *ipso iure* : d'abord l'exécution de l'obligation, *solutio*, ainsi que quelques autres faits équivalents, tels que la *in solutum datio* et les offres de payement suivies de consignation; ensuite la confusion quand elle s'opère de manière à éteindre l'un des éléments essentiels de l'obligation; enfin, les conventions qui ont pour but d'éteindre une obligation, pourvu que ces conventions soient de nature à avoir force civile-

[2] Sous ce rapport, l'obligation éteinte *per exceptionem* peut être comparée à l'*obligatio inanis*, et particulièrement à l'obligation résultant d'une convention surprise par dol ou extorquée par violence. *Voy.* Gaius, IV, 115-119; Pr. § 1, I., *de exceptionibus* 4, 13, et ci-dessus, § 193, Observation, ainsi que §§ 202. 203. — Pourtant une obligation éteinte *per exceptionem* n'est pas toujours et à tous égards *inanis*. *Voy.* ci-après, note 9.

[3] Ni Gaius, ni Justinien ne s'occupent, dans leurs Institutes, de l'extinction du droit le plus important, du droit de propriété. Aucun titre du *Corpus iuris* ne traite *ex professo* de cette matière. Le titre des Institutes, qui porte l'inscription : *Quibus modis obligatio tollitur*, ne parle que de quatre modes d'extinction et ne mentionne même pas les causes qui agissent *per exceptionem*.

[4] Les Sabiniens et les Proculéiens n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si la *in solutum datio* éteignait la dette *ipso iure*. Gaius, III, 168, et ci-après, § 288, note 26. — Les mêmes faits, la *litis contestatio* et le jugement, agissaient, tantôt *ipso iure*, savoir, dans les *legitima iudicia*, tantôt *per exceptionem*, savoir, dans les *iudicia quæ imperio continentur*. Gaius, III, 106-108. 181, et t. I, § 54, notes 8 sqq. — *Voy.* encore ce que nous aurons à dire sur l'effet de la compensation, ci-après, § 292, notes 2 et suivantes.

ment obligatoire, comme la novation et l'acceptilation [5]. La simple convention agit de même à l'égard des obligations qui, pour naître, n'avaient exigé que le simple consentement [6].

L'effet des diverses causes d'extinction des obligations est de mettre le débiteur à l'abri des poursuites par lesquelles le créancier tenterait de le contraindre à exécuter. Les causes qui agissent *ipso iure* produisent cet effet de la manière la plus complète : l'obligation se trouve éteinte tant pour son élément naturel que pour son élément civil; elle se trouve éteinte à tous égards et vis-à-vis de toutes les personnes qui peuvent y être intéressées ; cette extinction entraîne immédiatement l'anéantissement de tous les droits accessoires, et l'obligation est et demeure éteinte sans qu'aucun fait postérieur puisse la faire revivre [7]. Les causes qui n'agissent que *per exceptionem* ne produisent pas des effets aussi entiers. Parfois elles n'affectent que l'élément civil de l'obligation [8], en laissant subsister l'élément naturel qu'elle renferme, et par suite aussi les droits accessoires qui y sont attachés [9]. Il se peut aussi qu'elles n'agissent qu'à l'égard de certaines personnes intéressées; des faits postérieurs qui mettent fin à l'exception peuvent faire renaître l'obligation, etc. Bref, il n'y a pas de

[5] *Voy.* ci-dessus, §§ 207. 257 et ci-après, §§ 294. 295.

[6] *Voy.* ci-après, § 295, notes 20 et suivantes.

[7] *Voy.* ci-après, § 289, note 1 ; § 290, note 5 ; § 292, notes 1. 2 ; § 294, notes 1 et suivantes ; § 295, I. II ; § 297, note 1.

[8] Dans quels cas cela a-t-il lieu? Il n'existe aucun principe qui puisse nous guider dans la solution de cette question. Il est vrai que trois textes, émanés de trois jurisconsultes différents (Pomponius et Marcien. Fr. 19, pr. Fr. 40. pr. D , *de condict. indebiti* 12, 6. — Ulpien. Fr. 9, § 4, D., *de Sc. Maced.* 14, 6), formulent, à propos de la *condictio indebiti*, une règle, d'après laquelle les *exceptiones perpetuæ* laisseraient subsister une obligation naturelle quand elles agissent *pœnæ causa* ou *in odium eius cui debetur*, tandis qu'il en serait autrement quand l'exception est donnée en faveur du débiteur, *eius causa cum quo agitur*. Nous avons déjà eu l'occasion de dire (ci-dessus, § 277, note 7), que cette proposition n'est rien moins qu'exacte. La distinction qui sert de base à la règle a, en effet, le défaut fondamental de manquer absolument de précision, à tel point que la plupart des exceptions perpétuelles participent à la fois de la nature des deux catégories, tandis que d'autres ne trouvent place dans aucune d'elles. Ajoutons que telle institution qui, dans l'origine, n'avait d'autre but que de favoriser le créancier (par exemple, les actions avec *præscriptio temporalis*) a fini par devenir uniquement avantageuse au débiteur, tout en constituant une peine pour le créancier. Par suite de ce défaut essentiel, la règle ne peut conduire à des résultats exacts et certains : il suffit de mentionner les exceptions *doli* et *quod metus causa*, l'exception de la chose jugée, la prescription extinctive. Il est probable que les jurisconsultes que nous avons mentionnés plus haut se sont laissé entraîner, par un désir déplacé de généraliser, à ériger en règle prétenduement rationnelle une diversité de nature et d'effets qui existe accidentellement dans deux exceptions importantes, l'exception du sénatus-consulte Macédonien et celle du sénatus-consulte Vellèien : du moins est-ce à propos de ces deux exceptions que la règle dont il s'agit est formulée dans l'un des trois textes cités ci-dessus. — *Voy.* encore ce que nous avons dit, en traitant de la *condictio indebiti*, § 277, note 7.

[9] C'est pourquoi il est inexact de mettre l'obligation paralysée *per exceptionem* sur la même ligne que l'obligation *inanis*, bien que les jurisconsultes romains eux-mêmes semblent le faire parfois. Fr. 5, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5, et les passages cités à la note 10.

règle générale et absolue sur l'effet des causes d'extinction qui agissent *per exceptionem* [10].

En présence de ces incertitudes sur la nature même et sur l'importance pratique de la division romaine, il est impossible de la prendre pour base de notre exposé. Nous avons dû nous résigner à examiner l'une après l'autre, dans un ordre méthodique, les diverses causes d'extinction des obligations, et à indiquer, en traitant de chaque mode en particulier, les effets qui lui sont propres.

DU PAYEMENT, SOLUTIO †.

§ 288. *Notion et conditions requises.*

Le mot *solutio,* comme nous l'avons fait observer ci-dessus, comprend, dans le sens le plus large, tout fait quelconque qui a pour effet d'éteindre une obligation; mais, dans le sens propre, il s'emploie spécialement pour désigner l'extinction qui s'opère par la prestation de ce qui faisait l'objet de l'obligation [1]. Le mot français *payement* est l'équivalent de *solutio* pris dans ce sens, bien que, dans le langage vulgaire, il ne s'emploie guère que quand il s'agit de la *solutio* d'une dette d'argent [2].

Pour qu'un acte puisse être qualifié de *solutio,* il faut la réunion des conditions suivantes :

1° Quant aux personnes. *a*) Qui peut payer? Le payement peut être

[10] Il faut se garder de prendre à la lettre certains textes du Digeste qui se présentent, dans cette compilation, sous une apparence de généralité qu'ils n'avaient probablement pas dans leur contexte originaire, comme les passages suivants : JULIEN, Fr. 66, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Marcellus : desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam, nec ab æquitate naturali abhorrentem. » — PAUL, Fr. 112, D., *eodem.* « Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. » — Cf. ULPIEN, Fr. 3, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5, ci-dessus, § 251, note 16.

† GAIUS, III, 168. — Pr. I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. — Tit. D., *de solutionibus et liberationibus* 46, 3. — Tit. C., *eodem* 8, 43.

[1] Fr. 176, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet : solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit. » Cf. Fr. 47, D., *eodem.* — GAIUS, III, 160. « Item si..... mors alterutrius interveniat, id est vel eius qui mandarit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. » — Fr. 2, D., *de duobus reis* 45, 2. « Petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. » — Fr. 4, § 7, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 49, D., *h. t.* « Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori... Quod si acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit. » — Fr. 54, 55, D., *eodem.*

[2] Comme, par contre, dans le langage des Romains, le mot *solutio* s'emploie souvent par excellence pour désigner la *numération* d'une somme d'argent. Faisons observer, à cette occasion, que dans l'origine l'argent se pesait et que par suite la *solutio* se faisait au moyen de l'airain et de la balance, *per æs et libram,* mode qui subsista comme opération fictive encore du temps des jurisconsultes classiques. *Voy.* ci-après, § 295, note 9.

fait non-seulement par le débiteur ou ses représentants, mais par toute autre personne, lors même qu'elle n'y aurait aucun intérêt [3]. Cette règle générale souffre naturellement exception quand la prestation qui fait l'objet de la dette est telle, qu'elle ne puisse être faite que par le débiteur même [4]. Il va sans dire que celui qui veut opérer le payement doit être capable d'exécuter la prestation qui en fait l'objet [5]. *b*) Le payement doit être fait au créancier ou à ses représentants [6]. La prestation reçue par une autre personne n'opère point solution, c'est-à-dire libération du débiteur [7], sauf à ce dernier à prouver que l'opération peut être considérée comme une gestion d'affaires utilement entreprise pour son créancier [8]. Parmi les représentants du créancier auxquels le débiteur peut valablement payer, nous avons à mentionner le *solutionis causa adiectus* [9] qui, vis-à-vis du créancier, n'est autre chose qu'un mandataire, mais dont l'adjection constitue pour le débiteur un droit qui ne peut lui être enlevé malgré lui [10]. — La personne qui reçoit le payement doit être capable de

[3] Sauf les rapports qui s'établissent, par suite du payement, entre celui qui l'a fait et le débiteur pour qui il a été fait. Si le payant agit en vertu d'un mandat, il aura contre le débiteur l'*actio mandati contraria* en remboursement; il aura l'*actio negotiorum gestorum contraria* s'il a agi sans mandat. *Quid* s'il a agi contre la volonté du débiteur? La plupart des auteurs soutiennent qu'il n'a, dans ce cas, aucune action, étant censé avoir voulu faire un acte de libéralité. Mais, comme les libéralités ne se présument pas, nous pensons, pour les motifs exposés ci-dessus, § 225, note 29, qu'il peut y avoir lieu à l'*actio de in rem verso*. Toutefois, il serait prudent de se faire céder les actions du créancier qui reçoit le payement, pourvu qu'il veuille s'y prêter. — *Voy.*, au reste, sur le payement fait par un tiers : Pr. I., *h. t.* — Fr. 23. 40. 53. 61. 64. 66 69, D., *h. t.* — L. 3. 9, C., *de neg. gestis* 2, 19. — L. 5. 17, C., *h. t.*

[4] Fr. 31, D , *hoc titulo.* — Cf. L. 13 in f. C., *de contrah. stipulatione* 8, 38.

[5] Particulièrement, quand il s'agit d'une *obligatio dandi*, le payant doit être propriétaire de la chose à donner et capable d'aliéner. *Voy.* ci-après, note 15.

[6] Représentants conventionnels ou légaux, par exemple, tuteurs, curateurs, etc. Fr. 12, pr. § 2. 4. Fr. 34, § 3. Fr. 38, § 1. Fr. 58, pr. Fr. 86, D., *h. t.* — Fr. 14, § 7, D., *eodem.* — § 2, 1. *quibus alienare licet vel non* 2, 8.

[7] Par une exception spéciale, que nous expliquerons plus tard, le payement fait de bonne foi au possesseur d'une hérédité peut amener la libération du débiteur. Fr. 25, § 17 in f. Fr. 31, § 5, D., *de heredit. petit.* 5, 3, et ci-après, t. III, § 411, n° 2.

[8] Fr. 11, § 5, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 6, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. — Arg. Fr. 28. 61, D., *h. t.* — Mais *voy.* Fr. 39, D., *de negotiis gestis* 3, 5. « Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum; quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suadet, alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse. »

[9] Cf. ci-dessus, § 206, note 13. — Nous avons parlé, au § 246, de l'*adstipulator* qui n'offre qu'un intérêt historique.

[10] On a prétendu que cette circonstance enlevait au *solutionis causa adiectus* le caractère de mandataire, puisque le mandat est révocable. Il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre que le mandat de l'*adiectus* est aussi révocable que tout autre mandat. L'*adiectus* ne pourra jamais s'opposer à cette révocation; mais le créancier ne peut empêcher que le débiteur paye valablement à l'*adiectus*, parce que c'est un droit acquis au débiteur par la stipulation (Fr. 59, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 12, § 3. Fr. 59. 106, D., *h. t.* Cf. Fr. 38, pr. Fr. 95, § 6, D., *eodem*). C'est également à tort qu'on a prétendu que l'*adiectio* ne s'éteignait pas

recevoir. Sous ce rapport, il importe de rappeler que l'acceptation d'un payement entraîne aliénation de la créance, et que, par conséquent, les personnes incapables d'aliéner sont également incapables de recevoir un payement [11].

2° Quant à la prestation même, nous avons vu ci-dessus que l'exécution d'une obligation peut être envisagée sous trois points de vue, par rapport à l'objet même de la prestation, par rapport au lieu et par rapport au temps où la prestation doit se faire [12]. — L'objet du payement doit être exactement le même que celui de l'obligation; le créancier ne peut être forcé à accepter une autre prestation [13], ni une prestation partielle ou incomplète, sauf les exceptions que nous avons fait connaître ailleurs [14]. En ce qui concerne spécialement les obligations de donner, il est naturel que la remise de la chose due n'opère *solutio* que lorsqu'elle constitue une *dation* dans le sens propre du mot, ce qui exige nécessairement que le payant soit propriétaire de la chose donnée et capable de l'aliéner [15]. Dans les obligations qui consistent à faire, la personnalité de l'exécutant peut, suivant les circonstances, constituer un élément essen-

par la mort de l'*adiectus* (Fr. 55, D., *de V. O.* 45, 1; Fr. 81, pr. D., *h. t.*) et que l'*adiectus* avait lui-même une action contre le débiteur en exécution de l'obligation. Fr. 7, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5. – Fr. 10, D., *de novationibus* 46, 2. – Fr. 10, D., *h. t.* Cf. Fr. 23, D., *de pignoribus* 20, 1, et Fr. 23, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — En un mot, l'*adiectio solutionis causa* constitue, en faveur du débiteur, une faculté qui est pour lui un droit acquis; mais entre le créancier et l'*adiectus* elle n'est autre chose qu'un mandat. § 4, I., *de inutil. stipul.* 3, 20. – Fr. 131, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 98, § 5, D., *h. t.* — Il peut paraître inutile de faire observer que la stipulation : *mihi aut Titio,* UTRUM EGO (CREDITOR) VELIM, *dare spondes,* appartient à un autre ordre d'idées. Fr. 118, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Il va de soi, que la faculté accordée au débiteur cesse, si l'*adiectus* devint incapable de recevoir, même comme instrument. Fr. 38, pr. D., *h. t.*, combiné avec Fr. 95, § 6, D., *eodem,* et Fr. 56, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[11] § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. « Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse..... Ideoque, si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas : alioquin non liberabitur..... Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit et pecuniam salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit.... » Fr. 15, D., *h. t.* — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 346.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 170.

[13] Fr. 2, § 1. D., *de rebus creditis* 12, 1; L. 16, C., *de solutionibus* 8, 43, et ci-dessus, § 170, note 1. — Mais il va sans dire que le créancier peut consentir à ce que le débiteur lui donne autre chose aux lieu et place de la prestation due, *in solutum dare.* Dans un cas particulier, le créancier peut même être forcé à accepter une *in solutum datio. Voy.* ci-après, note 27.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 170, n° 1, et § 192, note 28.

[15] § 2, in f. I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. « ..... Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est. » Cf. THÉOPHILE *ad h. t.* – Fr. 9, § 2, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. – Fr. 14, § 8, D., *h. t.* — Donc le pupille ne sera pas libéré; mais, par contre aussi, l'acceptant ne devient pas propriétaire de la chose donnée. Par conséquent, le pupille peut la revendiquer si elle existe encore, ou en demander la restitution par une action

tiel de la prestation [16]. Quant au lieu et au temps où le payement doit se faire, nous pouvons renvoyer aux endroits où nous avons parlé de ces points en traitant de l'exécution en général [17].—Rappelons encore que les parties sont tenues d'apporter dans l'opération du payement les soins qui leur incombent d'après la nature de l'obligation qu'il s'agit d'éteindre, conformément aux règles que nous avons exposées ci-dessus sur la prestation du dol, de la faute et du cas fortuit [18]. Cette considération est surtout importante en ce qui concerne le temps de la *solutio*. Nous nous bornons ici à rappeler que la partie qui est en demeure de payer ou de recevoir assume par là les risques et périls de l'obligation et que la demeure du créancier peut même, selon les circonstances, autoriser le débiteur à abandonner la chose qui fait l'objet de la prestation [19]. — Enfin, il va de soi que le débiteur est tenu de garantie du chef de due exécution, conformément à la nature de la prestation qui fait l'objet de l'obligation

3° Il faut que l'exécution se fasse avec l'intention de payer, c'est-à-dire d'éteindre l'obligation. La prestation qui se ferait dans une autre intention ne constituerait pas une *solutio* [21].

Nous avons dit plus haut que le créancier ne peut être forcé à recevoir une prestation autre que celle qui fait l'objet de l'obligation, mais qu'il est naturellement libre de consentir à ce que le débiteur lui donne autre chose aux lieu et place de la prestation due [22]. Sous ce rapport, les parties ont toute liberté [23] ; particulièrement rien ne s'oppose à ce que l'objet de la nouvelle prestation soit un droit de créance [24]. La nouvelle prestation est soumise, notamment en ce qui concerne la garantie, aux règles générales [25], et la dation en payement, dûment exécutée,

personnelle (selon les circonstances, la *condictio sine causa* ou l'*actio ad exhibendum*), si la revendication est devenue impossible. Quand il s'agit d'une somme d'argent, le payement fait par le pupille présente la plus grande analogie avec le *mutuum*. *Voy.* le passage cité ci-dessus, note 11, et cf. § 233, note 7; § 277, note 49, ainsi que ci-après, t. III, § 346.

[16] Fr. 31, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, note 4; § 221, notes 6. 7 ; § 218, note 11.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 178 et §§ 179 sqq.

[18] *Voy.* ci-dessus, § 173.

[19] *A*) *Voy.* ci-dessus, §§ 179. 180. —*B*) Ci-dessus, § 180, note 14.

[20] Cf. ci-après, § 289, notes 2. 3.

[21] Fr. 55, D., *hoc titulo*. Cf. ci-dessus, § 277, notes 3-11.

[22] Ci-dessus, note 13.

[23] Fr. 1, § 5, D., *de pecunia constituta* 13, 5; Fr. 25, D., *de iure dotium* 23, 3 ; Fr. 98, § 6, D., *de solutionibus* 46, 3; L. 16. 17. 24, C., *eodem* 8, 43; L. 9, C., *de rescind. venditione* 4, 44, et les passages cités dans les notes suivantes.

[24] Fr. 5. 8, § 3. 5, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. « VIII, 3. ... Solvit enim et qui reum *delegat*. » — Fr. 37, § 4, D., *de operis libert.* 38, 1.—Fr. 18, D., *de fideiuss.* 46, 1.—L. 16, C., *de solut.* 8, 43. « .... in solutum suscipere nomen debitoris tui... » — Cf. ci-après, § 294, note 1.

[25] Les règles à suivre à cet égard peuvent varier suivant les circonstances. Cf. ci-dessus, § 278, notes 15. 42. Quand l'objet de l'obligation originaire ou de la convention en vertu de laquelle se fait

produit les mêmes effets que la *solutio* [26]. — En principe, la dation en payement n'a lieu qu'avec le consentement du créancier; cependant une novelle de Justinien accorde au débiteur, qui se trouve dans l'impossibilité de rembourser un capital et qui possède des immeubles, la faculté de les donner en payement d'après une estimation à faire en justice [27].

§ 289. *Des effets du payement.*

Le payement a pour effet d'éteindre *ipso iure* l'obligation avec tous les accessoires, notamment avec les hypothèques, cautions et autres droits qui peuvent avoir été créés pour garantie ou sûreté de l'obligation éteinte [1]. — Pour que cet effet soit produit, il faut naturellement que le payement réunisse les conditions exposées dans le paragraphe précédent, et le débiteur est, de ce chef, tenu de garantie, conformément à la nature de la prestation qu'il prétend avoir accomplie [2]. Particulièrement, quand

la *in solutum datio* est un *dare*, il faut appliquer les principes qui dominent les *obligationes dandi* et que nous avons exposées en traitant de l'échange et de la stipulation, ci-dessus, § 244, note 8, et § 246, note 22. Fr. 16, pr. Fr. 98, pr. D., *de solutionibus* 46, 3. En dehors de ces cas, il peut y avoir lieu de recourir à l'analogie du contrat de vente. Arg. Fr. 24, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7. — L. 1, C., *de rerum permutatione* 4, 64. — La L. 4, C., *de evictionibus* 8, 45, n'est pas contraire à la distinction que nous venons d'établir. Cette loi paraît, à la vérité, poser comme principe général l'analogie de la vente; mais ce n'est qu'en apparence. Les mots : « huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet », veulent tout simplement dire « qu'il y a lieu à garantie » ; et si la constitution ne fait pas mention de notre distinction, c'est que, dans l'espèce traitée, les règles de la vente et celles des *obligationes dandi* donneraient le même résultat. Cf. ci-dessus, § 278, note 15.

[26] D'après Gaius, III, 168, les Proculéiens pensaient que la dation en payement n'éteignait point l'obligation *ipso iure;* mais dans le droit de Justinien, l'opinion contraire des Sabiniens a prévalu. Pr. I., *quibus mod s obl. tollitur* 3, 29. — Fr. 26, § 4. 5-6, D., *de condict. indebiti* 19, 6. — Fr. 17, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 1, § 5, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Fr. 25, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 98, § 6, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 17, C., *eodem* 8, 43.

[27] *Novelle* 4, c. 3, et ci-dessus, § 170, note 2. — C'est à tort que l'on considère comme constituant des dations en payement forcées certaines hypothèses dans lesquelles la personne, chargée d'un legs, peut ou doit payer l'estimation pécuniaire au lieu de la chose léguée. Fr. 71, § 3. Fr. 26, § 2. Fr. 27, D., *de legatis I* (30), et ci-après, t. III, § 422, note 22; § 423, B; § 426, C; § 431.

[1] Pr. I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. — § 4, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19. « ... ut liberatio *ipso iure* contingat. » — Fr. 38, § 2. Fr. 43. 84, D., *h. t.* « XLIII. In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puto adpromissores, hypothecæ, pignora (præterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur. ci-après, § 297, note 5). — Cf. Fr. 19, D., *de dolo malo* 4, 3, et ci-dessus, § 263, notes 9. 10, et t. I, § 168, n° 2. — Pour les débiteurs solidaires, *correi, voy.* ci-dessus, § 186, note 20. — Pr. I., *quibus modis obl. tollitur* 3, 29. « ... Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo : liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante, vel invito solutio fiat... » Cf. ci-dessus, § 288, note 3. — La *datio in solutum* produit les mêmes effets que la *solutio*. Pr. I., *cité*. « Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. » Cf. ci-dessus, § 289, note 26

[2] Cf. ci-dessus, § 170 *in fine*.

l'obligation consistait à *dare*, il y a lieu d'appliquer les règles que nous avons fait connaître, en traitant de l'échange et de la *stipulatio dandi* [3].

Si le débiteur doit plusieurs obligations au même créancier, il peut, en faisant un payement, indiquer laquelle de ces dettes il entend éteindre. S'il ne le fait pas, cette faculté appartient au créancier, qui cependant doit, dans l'imputation des payements, agir comme il agirait s'il était lui-même le débiteur [4]. Spécialement il doit imputer le payement d'abord sur la dette la plus onéreuse et que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter [5], et sur la plus ancienne, si les différentes dettes sont toutes également onéreuses [6]. Pourtant les intérêts échus doivent être acquittés avant que le créancier soit tenu d'imputer sur le capital [7]. Enfin, toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement [8].

La preuve du payement fait incombe naturellement à celui qui veut s'en prévaloir [9]. Elle se fait par les moyens ordinaires. En ce qui concerne la preuve par titres (quittances, *apochæ*), il est à remarquer que la quittance sous seing privé ne fait preuve que trente jours après sa date. Tant que ce délai n'est pas expiré, le créancier peut opposer à la quittance une *exceptio non numeratæ pecuniæ* [10], et même répéter l'écrit par la *condictio sine causa* [11]. La preuve testimoniale exige cinq témoins quand il s'agit du payement d'une dette fondée sur un titre écrit [12]. On présume le payement de la dette si le créancier a détruit ou biffé le titre de la créance ou s'il l'a restitué au débiteur [13]. En matière de contributions publiques,

[3] *Voy.* ci-dessus, § 244, notes 7. 8, et § 246, notes 22. 23.

[4] Fr. 1. 2. 3. 101, § 1, D., *hoc titulo.* — L. 1, C., *eodem.*

[5] Telles sont les dettes portant intérêt (Fr. 89, § 2); les dettes garanties par hypothèque ou fidéjusseurs (Fr. 4. 97); les dettes échues en comparaison des dettes conditionnelles ou à terme (Fr 3, § 1. Fr. 5, pr. Fr. 103); celles pour lesquelles le défendeur est déjà condamné (Fr. 7); enfin, celles dont la condamnation entraînerait l'infamie ou *quæ pœnam continent* (Fr. 7. 97, D., *h. t.*). Les dettes naturelles viennent en dernier lieu. Fr. 93, § 3, D., *h. t.* Cf. Fr. 5, § 2. Fr. 101, § 1, D., *eodem.*

[6] Fr. 97, D., *h. t.* Cf. Fr. 5, pr. Fr. 24. 102, § 2, D., *eodem.*

[7] Fr. 5, § 3. Fr. 6. 48. 102, § 1, D., *h. t.*—L. 1, C., *eodem.*—L. 19. 21, C., *de usuris* 4, 32 — *Voy.* cependant Fr. 5, § 2, *verbis* Sed si forte D., *h. t.*

[8] Fr. 8, D., *h. t.* — *Voy.*, en général, Fr. 1. 2. 3. 4. 5. 101, § 1, D., *h. t.* et L. 1, C., *eodem.* Des décisions intéressantes pour le cas où le créancier se paye lui-même, au moyen de la vente d'un gage, se trouvent aux Fr. 5, § 2. Fr. 73. 96, § 3. Fr. 101, § 1, D., *h. t.* — Fr. 35, pr. D., *de pignor. actione* 13, 7.

[9] L. 25, C., *h. t.* — Le débiteur, en faisant le payement, a le droit d'exiger quittance. L. 18, C., *de testibus* 4, 20. — L. 19, C., *de fide instrumentorum* 5, 21. — L. 1, § 2, C., *de apochis publicis* 10, 22.

[10] Cette exception, vulgairement appelée *non solutæ pecuniæ*, ne s'applique point aux quittances émanées d'autorités publiques. L. 4, C., *de apochis publicis* 10, 22.

[11] L. 14, § 2. 4, C., *de non numerata pecunia* 4, 30. Cf. ci-dessus, § 277, notes 42. 49, B, et § 248, note 4.

[12] L. 18, C., *de testibus* 4, 20. — (Auth. Rogati C., *eodem*). *Nov.* 90, c. 2.

[13] Fr. 24, D., *de probat.* 22, 3. — L. 14. 15, C., *h. t.* — *Voy.* pourtant Fr. 2, § 1, D., *de*

la production des quittances des trois dernières années donne la présomption du payement des années antérieures [14].

§ 290. *Des offres de payement et de la consignation.*

Lorsque le créancier refuse de recevoir le payement [1], le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner ou déposer entre les mains de l'autorité publique la somme ou la chose offerte [2]. Les offres réelles, suivies de consignation ou de déposition, tiennent lieu de payement; elles libèrent le débiteur et éteignent la dette avec tous les accessoires [3], pourvu qu'elles réunissent, sauf l'acceptation du créancier, les conditions requises pour un payement valable [4]. Tant que le créancier n'a pas pris livraison des choses consignées ou déposées, le déposant reste libre de les reprendre; mais, à partir du moment où il les reprend, la dette renaît avec toutes ses conséquences [5].

Les offres réelles non suivies de consignation ne libèrent pas le débiteur, mais elles ont pour effet de constituer le créancier en demeure, ce

pactis 2, 14. « Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit, » et ci-après, § 295 *in fine*.

[14] L. 3, C., *de apochis publicis* 10, 22.

[1] Fr. 7, D., *de usuris* 22, 1. – L. 19, C., *eodem* 4, 32. Arg. Fr. 39, D., *de solutionibus* 46, 3.— A quelle époque les offres peuvent-elles être faites efficacement? *Voy.* ci-dessus, § 180, note 21.

[2] Ce dépôt se faisait dans les temples, les églises ou dans un lieu quelconque désigné par le juge compétent. Cic., *ad Atticum*, V, 21. VI, 1; *ad fam.*, V, 20; *de legibus* II, 16. — Fr. 73, D., *de procuratoribus* 3, 3. – Fr. 7, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 1, § 36. 37. Fr. 5, § 2 in f. D., *depositi* 16, 3. – Fr. 4, pr. D., *de statu liberis* 40, 7. – Fr. 64, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « In publico loco... » – Fr. 5, D., *ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegiis* 48, 13. – L. 19, C., *de usuris* 4, 32. « Acceptam sortem cum usuris licitis..... in publico..... In hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas ædes, vel ubi competens iudex, super ea re aditus, deponi eas disposuerit..... » – L. 10, § 1, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7, 72. — Les Romains avaient aussi des entrepôts, *horrea*, dans lesquels les particuliers déposaient, moyennant le payement d'un loyer ou d'un salaire, des objets précieux et des choses à l'égard desquelles il y avait des contestations. Ces *horrea* n'étaient que des entreprises privées, mais l'usage auquel ils étaient destinés leur imprimait un certain caractère public (Cf. ce que nous avons dit des tabellions, ci-dessus, t. I, n° 224, note 50), qui les rendait propres à servir aux dépôts et consignations. Fr. 5, § 22, D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. – L. 9, C., *de pignorat. actione* 4, 24, ci-dessus, § 177, note 7. « ..... in horreis quibus et alii solebant publice uti... » – Cf. Fr. 3, § 2, D., *de officio præf. vigilum* 1, 15. – Fr. 6, pr. D., *de edendo* 2, 13. – Fr. 60, § 6. 9, D., *locati* 19, 2. – Fr. 20, § 8, D., *de instrumento legato* 33, 7. – Fr. 32, § 4, D., *de auro argento legatis* 34, 2. — Enfin, on pouvait aussi déposer et consigner chez les banquiers et chez les changeurs, *argentarii* et *mensularii* ou *numularii*. Fr. 39, D., *de solutionibus* 46, 3.

[3] Fr. 1, § 3. Fr. 7, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 28, § 1, D., *de administr. tutorum* 26, 7. – Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 72, pr. D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 2. 6. 9. 16, C., *de usuris* 4, 32. – L. 8, C., *de distract. pignorum* 8, 28. – L. 9, C., *de solutionibus* 8, 43. – *Nov.* 91, c. 2. — Cf. Fr. 56, § 1, D., *mandati* 17, 1.

[4] Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 39, D., *de solut.* 46, 3. – L. 9, C., *eodem* 8, 43.

[5] Fr. 7, D., *de usuris* 22, 1. – L. 19, in f. C., *eodem* 4, 32.

qui est important surtout à deux points de vue : d'abord en ce qui concerne l'obligation de payer les intérêts, obligation dont le débiteur sera déchargé si elle lui incombait auparavant [6]; ensuite, par rapport aux risques et périls de l'objet de la prestation, qui seront désormais à la charge du créancier, alors même que cet objet consiste en une somme de choses fongibles, par la raison que cette somme, qui constituait originairement un *genus*, est devenue, par suite des offres, une chose individuellement déterminée [7].

Dans ce qui précède, nous avons supposé un créancier qui refuse de recevoir; mais le mode de libération dont il s'agit trouve aussi application dans d'autres hypothèses plus ou moins analogues, savoir : quand la personne du créancier est inconnue, ou quand le créancier est un mineur non pourvu de curateur. Ces cas diffèrent de l'hypothèse originaire en ce que le débiteur n'y a pas besoin de faire des offres réelles qui seraient impossibles, et qu'il se libère par la seule consignation autorisée par l'autorité compétente [8].

DE LA COMPENSATION †.

§ 291. *Notion et conditions requises.*

La compensation a lieu lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre. Ce fait n'exerce directement aucune influence sur les

[6] Cela est incontestable pour les intérêts moratoires, mais fort controversé pour les intérêts conventionnels et légaux. En faveur de la solution affirmative nous pouvons invoquer les principes et de puissants motifs d'équité (Cf. Fr. 39, D., *de regulis iuris* 50, 17), ainsi que les principaux textes sur la demeure (ci-dessus, § 180 et Fr. 122, § 5, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 9, C., *de usuris* 4, 32). On a soutenu le contraire, en se fondant sur ce que tous les textes qui touchent notre question supposent la consignation effectuée. Fr. 1, § 3. Fr. 7. 18, § 1. Fr. 41, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — L. 6. 9. 19, C., *eodem* 4, 32. Mais cette circonstance n'est pas décisive, d'autant moins que MARCELLUS, au Fr. 28, § 1, D., *de administr. tutorum* 26, 7, libère le tuteur de l'obligation de payer l'intérêt des deniers pupillaires, à partir du moment où il en aura fait l'offre réelle, *ex quo obtulit pecuniam*. Il est vrai qu'après ce passage se trouve dans le Digeste la phrase suivante : « Ulpianus notat : Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco », qui est diamétralement opposée à la décision de Marcellus. Mais il faut convenir que cette phrase a tout l'air d'une interpolation maladroite.

[7] *A*) Fr. 8, pr. D., *de condict. furtiva* 13, 1 ; L. 2, C., *eodem* 4, 8. — *B*) Fr. 39. 72, pr. D., *hoc titulo*. — Cf. ci-dessus, § 180, note 17.

[8] Arg. Fr. 7, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 17, § 3. Fr. 18, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usuræ pretii, *quod in causa depositi non fuit*, præstabuntur. » Ces décisions sont évidemment susceptibles d'être appliquées, par analogie, aux cas ou le créancier absent n'a point laissé de fondé de pouvoir capable de recevoir pour lui, (où une saisie-arrêt a été pratiquée entre les mains du débiteur), etc. Fr. 73, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 1, § 36. 37, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 47, § 2, D , *de fideicommissariis libertatibus* 40, 5. — Fr. 4, pr. D., *de statu liberis* 40, 7.

† GAIUS, IV, 61-68. — § 30. 39, I., *de actionibus* 4, 6, et THÉOPHILE *ad h. l.* — Tit. D., *de compensationibus* 16, 2 ; C., *eodem* 4, 31.

deux dettes qui, d'après la rigueur du droit, continuent d'exister l'une et l'autre. Mais il paraît contraire à l'équité que je puisse poursuivre le payement d'une créance contre quelqu'un à qui je devrais au même moment payer une dette équivalente [1]. C'est pourquoi la loi a autorisé le débiteur à compenser ce qui lui est dû avec la créance dont on lui demande le payement; en d'autres termes, les deux dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. La compensation est donc en réalité une *solutio* réciproque [2], ou, ce qui revient au même, une imputation réciproque de ce que l'une des parties doit à l'autre [3].

Ce principe d'équité n'a été admis que successivement par la jurisprudence romaine. Dans l'ancien droit, nous ne le trouvons appliqué que dans deux cas particuliers : le banquier ne pouvait poursuivre ses clients en payement de ce qui lui était dû que compensation faite de ce qu'il leur devait lui-même; et le *bonorum emtor* dont nous parlerons ci-après (§ 299) ne pouvait agir contre les débiteurs du failli qu'en faisant subir à sa demande une réduction égale à ce qui pouvait leur être dû par celui-ci [4]. Par la suite on étendit le principe à toutes les actions, pourvu que la dette opposée en compensation fût née de la même cause que celle à laquelle on l'opposait [5]. Toutefois, comme le moyen de la compensation constituait une véritable *exceptio doli*, il y avait dans les *actiones stricti iuris* nécessité de l'opposer *in iure* [6], tandis que, dans les actions

[1] § 30, I., *cité.* – (Fr. 8, pr. D., *de doli mali exceptione* 44, 4.) Fr. 173, § 3, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Dolo facit qui petit, quod redditurus est. » – Fr. 3, D., *h. t.* « Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. » – Fr. 18, pr. D., *eodem.* « In rem suam procurator datus, post litis contestationem, si vice mutua convenitur, *æquitate* compensationis utetur. » – Fr. 36, D., *de administr. tutorum* 26, 7. « Æquitas quæ merum ius compensationis inducit.... »

[2] Fr. 76, D., *de verb. sign.* 50, 16. « Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit. »

[3] Fr. 1, D., *h. t.* « Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. »

[4] Gaius, IV, 64. « Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur : nam is cogitur cum *compensatione* agere, id est, ut compensatio verbis formulæ (c'est-à-dire, *in intentione*) comprehendatur... 65. Item bonorum emtor *cum deductione* agere debet, id est, ut in hoc solum adversarius *condemnetur*, quod superest, deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur. » Il y avait entre ces deux modes d'agir — *cum compensatione* et *cum deductione* — des différences importantes, qui sont indiquées par Gaius, IV, 66-68.

[5] Arg. Gaius, IV, 61. « ..... Continetur, ut habita ratione eius, quod *invicem* actorem *ex eadem causa* præstare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare debeat. » — § 39, I., *de actionibus* 4, 6, où les mots de Gaius « *ex eadem causa* » se trouvent reproduits par suite d'une erreur des rédacteurs, que Théophile a corrigée dans sa paraphrase.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 195, note 18. Justinien et Théophile, au § 30. I., *de actionibus* 4, 6, disent que Marc-Aurèle permit le premier d'user de ce moyen dans les *actiones stricti iuris;* mais nous en trouvons des exemples avant cet empereur. Gaius, IV, 64-68. – Fr. 4. 5. 10, § 3. Fr. 15, D., *hoc titulo.* L'*exceptio doli*, en la supposant fondée, avait-elle pour effet de faire repousser entièrement la demande du créancier (*causa cadere.* Cf. Gaius, IV, 68) ou de réduire simplement

de bonne foi, on pouvait le faire valoir en tout état de cause [7]. Cette différence disparut à la longue, et l'on finit par admettre la compensation d'une manière générale, lors même que les deux dettes étaient nées de causes différentes [8], pourvu que les conditions suivantes fussent réunies :

1° Deux dettes valables [9], quelles qu'en soient la nature et l'origine. La dette naturelle peut être opposée en compensation à une dette civile [10]; d'après une constitution de Justinien, on peut aussi compenser des dettes résultant d'actions réelles [11].

2° Les deux dettes doivent avoir pour objet des choses fongibles et de même nature. La compensation étant, en effet, un payement réciproque, on violerait le principe d'après lequel le créancier ne peut être forcé à accepter autre chose que ce qui lui est dû, si l'on permettait au débiteur de lui opposer en compensation une dette qui porte sur d'autres objets que ceux de la créance dont le payement est demandé [12]. Mais il n'est pas nécessaire que les deux dettes soient de la même quotité [13], et il est indifférent que l'une d'elles porte intérêt ou qu'elle ait d'autres accessoires qui manquent à celle de l'adversaire [14].

la demande exagérée? La première solution est seule conforme aux principes originaires des *actiones stricti iuris;* mais la seconde est certes, pour l'époque dont il s'agit, admissible à cause du caractère éminemment équitable de notre institution. Rien n'était d'ailleurs plus simple que de juger la formule que le demandeur avait acceptée avec l'exception, comme on jugeait la formule de l'ancien *bonorum emtor* « *qui,* licet de *certa pecunia* agat, *incerti* tamen *condemnationem* concipit ». Au reste, comme la discussion de cette controverse, tout en ne comportant pas une solution certaine, exigerait des développements considérables, tandis que la question ne présente aucun intérêt, même purement théorique, nous croyons inutile de nous en occuper davantage.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 195, note 17, et Gaius, IV, 61-63. — § 30. 39, I., *de actionibus* 4, 6.

[8] Paul, II, 5, 3. « .... et ex causa dispari... » Cf. § 30, I., *de actionibus* 4, 6, et L. 14, C., *hoc titulo.*

[9] Fr. 14, D., *h. t.* « Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. » Cf. L. 2, C., *eodem.* « Ex causa quidem iudicati, si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest... » et ci-dessus, § 277, note 45. — La L. 1, C., *h. t.*, défend d'opposer en compensation à un bureau du fisc les créances qui peuvent être dues par un autre bureau, *statio.* Cf ci-dessus, t. I, § 24, note 29.

[10] Fr. 6, D., *h. t.* « Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. » — Fr. 9, D., *eodem.* — Cf. ci-dessus, § 193, note 6.

[11] § 30, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 14, pr. C., *h. t.* « Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus servanda. » On conçoit qu'il ne puisse être question des *in rem actiones* que par rapport à la condamnation pécuniaire qui peut y intervenir, soit pour les fruits et impenses, soit par suite du défaut de restitution de la chose. Fr. 48. 65, D., *de rei vindicatione* 6, 1. *Voy.* ci-après, n° 2.

[12] Gaius, IV, 66. — Paul, II, 5, 3. — Fr. 1, D., *h. t.* — L. 4, C., *eodem.* — Quand il s'agit d'une obligation alternative, ayant pour objet deux prestations de nature différente, la question de savoir s'il y a lieu à compensation dépendra donc du choix fait par la partie à laquelle il appartient de choisir. Fr. 22, D., *h. t.*

[13] § 30, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 5, C., *hoc titulo.*

[14] Fr. 11. 12, D., *h. t.* — Le lieu du payement est également indifférent, mais le juge doit

3° La dette opposée doit être exigible. Il va sans dire que l'on ne peut opposer une créance conditionnelle par la raison qu'elle n'existe pas encore, mais on ne peut pas davantage faire valoir une créance non encore échue, parce que ce serait contraindre indirectement au payement avant l'échéance [15].

4° Enfin, d'après une constitution de Justinien, la créance qu'on oppose doit être liquide [16]. La question de savoir si une créance est ou non liquide, est une question de fait qui dépend de l'appréciation du juge. Une obligation n'est pas illiquide par cela seul qu'elle est contestée [17]; autrement il dépendrait du demandeur de rendre toute compensation impossible. Cependant la preuve de la créance opposée ne doit pas être compliquée au point d'exiger des actes de procédure en dehors de toute proportion avec la nature de la demande originaire [18].

Si ces conditions se trouvent réunies, le défendeur peut se servir de la compensation à l'effet d'éteindre l'action et le droit du demandeur. Il va sans dire qu'il ne peut opposer que des créances qui lui sont propres [19]; mais il est également évident que l'héritier peut faire valoir les créances du défunt comme les siennes propres [20], et que le débiteur, poursuivi par le cessionnaire, a le droit de faire entrer en compensation ce qui lui est dû, soit par le cédant, soit par le cessionnaire même [21]. Il est dans la nature des choses que la caution peut opposer la compensation de ce que le débiteur doit au créancier principal [22]. Mais le débiteur solidaire

tenir compte de cette circonstance pour l'estimation de la valeur des créances. Fr. 15, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 178, note 10.

[15] Fr. 7, pr. Fr. 16, § 1, D., *h. t.* — Mais on peut opposer une créance résultant d'un jugement, bien que le défendeur condamné ait un délai de quatre mois pour exécuter (ci-dessus, § 182, note 18, et Fr. 16, § 1, D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem*), ainsi qu'une créance à l'égard de aquelle il y a déjà instance liée. Fr. 8, D., *h. t.*

[16] § 30, I., *de actionibus* 4, 6. « ..... Compensationes, quæ aperto iure nituntur... » Cf. Théophile, *ad h. l.* — L. 14, § 1, C., *h. t.* « Ita tamen compensationes obiici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui præstare. » — Quand le juge, pour défaut de liquidité, refuse d'admettre la compensation, il doit *réserver* la créance pour l'avenir : *eas alii iudicio reservet.* L. 14, § 1, C., *citée.* Cf. ci-après, note 35.

[17] Nous avons même vu, à la note 15 *in fine*, que le demandeur ne peut pas repousser la compensation par la réplique de la litispendance, *rei in litem deductæ.*

[18] Cela résulte des principes généraux et des motifs développés dans la L. 14, § 1, C., *h. t.* — *Voy.* cependant l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[19] Fr. 18, § 1, D., *h. t.* « Creditor compensare non cogitur, quod alii quam debitori suo debet; quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. » — Fr. 16. 23, D., *eodem.* — L. 1. 9, C., *eodem.*

[20] L'héritier, en effet, ne fait qu'une personne avec le défunt. Fr. 16, pr. D., *h. t.* — Des considérations d'équité ont fait déroger aux principes rigoureux du droit de famille des Romains dans le Fr. 9, D., *eodem.*

[21] Arg. Fr. 4. 5, D., *h. t.* — Cf. Fr. 23, § 1, D., *de heredit. petit.* 5, 3, et ci-dessus, § 189, note 27.

[22] Fr. 4. 5, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 263, note 12. C'est une conséquence de la nature acces-

ne peut se prévaloir de ce qui est dû à son codébiteur par le créancier, à moins que des causes particulières ne lui donnent un intérêt ou une part dans la créance à opposer [23].

La compensation n'a pas lieu contre les demandes en restitution d'un dépôt et d'une chose illégalement possédée par le défendeur [24]. Des dispositions particulières l'excluent à l'égard de certaines créances du fisc et des communes [25].

Observation. Le défendeur qui fait valoir une créance par voie de compensation aux fins de paralyser ou d'amoindrir la demande dirigée contre lui, soulève une contestation non comprise dans l'action originaire et prend dans cette contestation le rôle de demandeur. Aussi est-il dit dans nos sources qu'il agit *vice mutua*, qu'il y a de sa part *petitio mutua* [26]. Ces termes sont cependant particulièrement employés quand la réclamation opposée à la demande a pour but de faire prononcer une condamnation à charge du demandeur originaire [27]. La faculté de conclure à ces fins et d'obtenir éventuellement ce résultat était de droit dans certains procès que les Romains qualifiaient, pour cette raison, de *iudicia duplicia* [28]. Une situation analogue pouvait se présenter dans d'autres contestations : mais pour que, en dehors des *iudicia duplicia*, une *mutua petitio* ou une demande reconventionnelle (comme on a l'habitude de dire dans le langage moderne [29]) pût être admise, il fallait naturellement que

soire du cautionnement, combinée avec les effets de la compensation. Cf. ci-après, § 292, notes 3. 10.

[23] Fr. 10, D., *de duobus reis* 45, 2. « Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet. » Mais la compensation *opposée* par l'un des codébiteurs solidaires a pour effet d'éteindre la dette jusqu'à due concurrence et par suite de libérer tous les autres débiteurs. Ci-après, § 292, note 8. — Le débiteur peut-il opposer à un créancier solidaire la compensation de ce qui lui est dû par un autre creancier? Nos sources ne parlent pas de ce cas, mais l'affirmative est évidente quand le créancier agissant est exposé à un recours de la part du créancier-débiteur, naturellement jusqu'à concurrence de la quotité pour laquelle le recours peut avoir lieu.

[24] *A*) Paul, II, 12, 3 (12). — § 30, 1., *de actionibus* 4, 6. — L. 14, § 1 inf. C., *h. t.* — L. 11, C., *depositi* 4, 34. — *B*) L. 14, § 2, C., *h. t.*

[25] Les locutions compensare et vice mutua agere ou petere paraissent, en effet, synonymes dans les Fr. 18, pr. D., *de compensationibus* 16, 2. — L. 6, C., *eodem* 4, 31 (L. 1, C., *rerum amotarum* 5, 21). — L. 8, C., *de compensationibus* 4, 31.

[27] Soit que la créance opposée en compensation se trouve être d'un chiffre plus élevé que celui de la demande originaire (Fr. 11, § 1, D., *de iurisdictione* 2, 1; Fr. 18, § 4, D., *commodati* 13, 6), soit que, pour toute autre raison la demande reconventionnelle puisse aboutir à une condamnation du créancier originaire. Fr. 34, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 1, § 2, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4. — Fr. 18, pr. D., *de compensat.* 16, 2. — Fr. 38, pr. D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 4, D., *quæ sententiæ sine adpellatione rescindantur* 49, 8. — Fr. 1, § 15, D., *de extraord. cognit.* 50, 13.

[28] *Voy.* t. 1, § 53, II.

[29] Les termes reconvenire, reconventio, empruntés au droit canon et aux glossateurs (c. 2. X., *de mutuis petitionibus* 2, 4 et *passim*. — Auth. Et consequenter C., *de sententiis et interl.* 7, 45 et *passim*) ne se trouvent pas dans nos sources. Nous lisons, à la vérité, dans la L. 5, C., *de*

le magistrat saisi de la première demande fût compétent pour juger de la seconde [30] et que cette dernière fût produite *in iure*, afin que le magistrat en pût apprécier l'opportunité et la comprendre dans la formule [31]; on exigeait probablement encore que la demande reconventionnelle eût pour objet une réclamation provenant de la même source que la demande originaire [32]. Ces restrictions disparurent à la longue. Celle reposant sur la connexité perdit de bonne heure toute importance pratique [33]; la nécessité de prendre les conclusions reconventionnelles *in iure* cessa avec la séparation du *ius* et du *iudicium;* enfin, d'après une constitution de Justinien (530), le demandeur originaire n'est plus admis à opposer l'incompétence du juge [34]. Par suite de ces modifications, la demande reconventionnelle se trouve fort rapprochée de la compensation, et si nous tenons compte de ce que, déjà du temps des jurisconsultes classiques,

fructibus 7, 51 : « ex reconventione victus » ; mais le passage qui renferme ces mots est traduit du grec par Cujas (ci-après, note 34). RECONVENIRE se trouve encore dans l'inscription du chapitre de la *Novelle* 96; mais c'est encore par traduction du grec : il est vrai que cette traduction est très-ancienne, peut-être contemporaine de Justinien.

30 Le Fr. 22, D., *de iudiciis* 5, 1, n'est pas contraire. Pour comprendre ce fragment, il faut se rappeler que l'Italien ou le provincial qui se trouvait à Rome pouvait être assigné devant le magistrat de Rome, mais qu'il avait le droit, pour diverses causes, de faire renvoyer les débats devant le juge de son domicile, *ius domum revocandi.* C'est à cet ordre d'idées que se rapporte le Fr. 22, D., *cité*, qui dit tout simplement que nous ne pouvons nous prévaloir de ce droit contre une personne que nous avons poursuivie nous-même devant le juge de Rome : « Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, *si ipse ibi agat,* cogitur excipere actiones et ad eumdem iudicem mitti ».

31 Les mots *post litem contestatam*, dans le Fr. 18, pr. D., *de compensat.* 16, 2, ne veulent pas dire « que la demande reconventionnelle a été formée à une époque postérieure à la *litis contestatio* » : il est tout simple qu'elle n'ait pas pu être produite avant cet acte de procédure. Peut-être aussi ces mots indiquent-ils simplement que le *procurator in rem suam* se trouvait saisi de la créance : ce serait comme s'il y avait : *post denuntiationem.* Cf. ci-dessus, § 187, notes 5. 6.

32 Il serait difficile, en effet, de se figurer une formule réunissant des *petitiones mutuæ*, provenant de sources diverses, tandis que dans les obligations synallagmatiques ou éventuellement bilatérales la formule s'y prêtait aisément : QUOD ALTERUM ALTERI EX BONO ET ÆQUO PRÆSTARI OPORTET. GAIUS, III, 137. Cf. CIC., *topica*, 17 ; *de officiis* III, 17. Aussi lisons-nous, chez SÉNÈQUE, *de beneficiis*, VI, 5 : « Non confunditur formula si qui apud me pecuniam deposuerat, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi ». Cependant dans pareille hypothèse, le prêteur avait l'habitude de renvoyer les deux contestations devant le même juge. SÉNÈQUE, *l. l.* c. 6. « : ... ad eumdem iudicem mitto... » — Fr. 38, pr. D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 4, D., *quæ sententiæ* 49, 8. — L. 1, C., *rerum amotarum* 5, 21. — Cf. ci-après, note 35.

33 *Voy.* la note précédente *in fine.* On ne peut se prévaloir des mots : *in eodem negotio*, qui se trouvent vers la fin de la L. 14, C., *de sententiis et interlocut.* 7, 45, pour soutenir que du temps de Justinien la connexité aurait encore été nécessaire. Ces mots signifient « dans le même procès » ou bien ils énoncent, non pas une condition *sine qua non*, mais *id quod plerumque fit.*

34 L. 14, C., *de sententiis et interlocut.* 7, 45. Dans cette constitution, il est parlé d'une opinion de Papinien que l'empereur entend adopter et même étendre. Nous n'avons aucun renseignement à ce sujet. Cf. ZIMMERN, *Traité des actions*, § 100, notes 8-11, et DE SAVIGNY, *Système*, t. VI, § 290 *initio.* Il est également surprenant que Justinien, dans la L. 14, C., *citée*, ne fasse aucune mention d'une constitution de l'empereur Zénon, qui parle déjà de la condamnation pro-

le juge, saisi de deux demandes mutuelles, devait juger en même temps l'une et l'autre ou que, tout au moins, la partie qui avait obtenu un jugement ne pouvait le mettre à exécution avant qu'il eût été statué sur la demande de la partie adverse [35], il paraît difficile de découvrir des différences matérielles entre la compensation et la reconvention; et nous pouvons nous étonner que, dans ses Institutes, Justinien ait purement et simplement reproduit la disposition d'une loi de 528 qui exige la liquidité de la réclamation qu'on tente d'opposer par compensation, en ordonnant au juge, au cas que cette condition fasse défaut, de statuer sans retard sur la demande originaire, sauf à réserver l'autre créance pour un jugement ultérieur [36]. L'empereur aurait certes réalisé une réforme utile, en faisant cesser cette diversité et en publiant une loi organique, embrassant les deux institutions; mais il n'en fit rien, bien qu'il promulguât en 539 une novelle qui modifie la procédure à suivre à l'égard des demandes reconventionnelles. Cette constitution [37] ordonne au défendeur, qui prétend avoir une créance à charge du demandeur, de soumettre sa réclamation au juge saisi de la demande originaire, et ce dans les vingt jours à partir de l'insinuation de la demande (délai fixé pour la *litis contestatio* [38]), à moins qu'il n'ait des motifs pour récuser ce juge. Dans cette dernière hypothèse, il devra user, endéans le même délai, de son droit de récusation et obtenir un autre juge qui aura dès lors à statuer sur les deux demandes. Si le défendeur ne se conforme point à ces prescriptions, il est déchu de la faculté de faire valoir son droit reconventionnellement et doit attendre la fin du procès avant de le poursuivre par action séparée.

§ 292. *Effets de la compensation.*

Par la compensation les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives [1]. Cet effet a lieu *ipso iure*, disent nos sources [2].

noncée sur demande reconventionnelle par un juge incompétent. Cette constitution, non recueillie par les rédacteurs du code de Justinien, se trouve dans les *Basiliques*, IX, 3, 69, et figure depuis Cujas, *Observationes*, XII, 1, comme L. 5, C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51. Cf. ci-dessus, note 29 *in fine*.

[35] Macer, Fr. 1, § 4, D., *quæ sententiæ sine adpellatione* 48, 9. « ... secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis priusquam de mea quoque petitione iudicetur. »

[36] *Voy.* ci-dessus, note 16.

[37] *Novelle* 96, c. 2 (Auth. Et consequenter C., *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45).

[38] *Novelle* 53, c. 3. Cf. ci-dessus, t. I, § 54, note 3.

[1] § 30. 39, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile *ad h. l.* — Fr. 11, D., *h. t.* — L. 4. 5. 12, C., *eodem*.

[2] Fr. 4. 10. 21, D., *h. t.* — L. 4. 14, pr. C., *eodem*.—§ 30, I., *de actionibus* 4, 6. « Sed nostra

Mais quel est le sens de ces mots? Est-ce à dire que la compensation s'opère par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, par cela seul que les deux obligations existent ensemble à un moment donné? Cette interprétation, contraire aux principes généraux sur la création et l'extinction des obligations, et qui amènerait des conséquences pratiques incompatibles avec la sûreté des transactions civiles [3], ne saurait être admise.

Non, la compensation ne s'opère pas de plein droit. Le débiteur doit l'opposer s'il veut obtenir les résultats que le législateur en fait dériver [4]. S'il a plusieurs créances à la charge du demandeur, il peut choisir celle qu'il veut faire entrer en compensation [5]; ce qui évidemment ne saurait avoir lieu si la compensation s'opérait de plein droit, puisque, dans ce cas, la plus ancienne aurait fonctionné avant les autres. Le débiteur peut, en négligeant la compensation, payer la dette qu'on poursuit contre lui, et demander plus tard, par action séparée, le payement de la créance qu'il a négligé de compenser [6]. Or, cela ne pourrait avoir lieu si la compensation s'opérait de plein droit, puisque, dans cette supposition, il aurait payé un indû, et que le payement d'un indû, fait en connaissance de cause, est considéré comme une libéralité [7]. Ce qui achève notre démonstration, c'est que le débiteur solidaire, loin d'être libéré par l'effet d'une créance que son codébiteur peut acquérir à la charge du créancier commun, ne peut pas même, en thèse générale, la faire valoir à titre de compensation [8].

Le débiteur doit donc opposer la compensation, et, tant qu'il ne l'a pas fait, le droit du créancier reste subsister en entier avec tous les accessoires. Mais, dès que la compensation est opposée, l'effet en rétroagit au jour où les deux dettes ont coexisté, et c'est à ce point de vue que les obligations respectives des parties doivent être estimées [9]. Cela est surtout important pour la question des intérêts, qui ne devront être calculés

constitutio (L. 14, C., *h. t.*) eas compensationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque... »

[3] Surtout en ce qui concerne l'existence des droits accessoires, par exemple des hypothèques et cautions données pour la sûreté de l'une ou de l'autre des deux créances. *Voy.* ci-après, notes 9 sqq.

[4] Fr. 2. 5. 9, § 1. Fr. 10, § 1-2, D., *h. t.* — L. 6. 7. 8. 10, C., *eodem.*

[5] Fr. 5, D., *hoc titulo.*

[6] Fr. 1, § 4, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. « Præterea, si tutelæ iudicio conveniatur, reputare potest id quod in rem pupilli intendit. Sic erit arbitrio eius, utrum compensare, an petere velit sumtus... » — Arg. Fr. 2, D., *de statu liberis* 40, 7. — Cf. ci-après, notes 11. 13. 14.

[7] *Voy.* ci-après, notes 11. 13, et ci-dessus, § 277, notes 11 sq.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 291, note 23. Mais il va sans dire que la compensation, opposée par l'un des débiteurs solidaires, en éteignant la dette, libère *ipso facto* les autres codébiteurs. Fr. 4, D., *qui potiores in pignore* 20, 4.

[9] ALEXANDER, L. 4, C., *h. t.* « Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet *ex eo tempore* ex quo ab *utraque parte debetur*, utique quoad con-

que sur ce qui restera dû au moment auquel la compensation rétroagit [10]. Il en résulte également que le débiteur, qui a payé par erreur une dette qu'il aurait pu éteindre par compensation, peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé de trop [11], et que la peine stipulée, pour le cas de non-payement d'une créance, ne sera pas encourue si, au moment de l'échéance, le créancier se trouvait, de son côté, devoir une somme égale au débiteur [12].

Si le débiteur néglige d'opposer la compensation, il peut poursuivre séparément le payement de sa créance, ou répéter comme indû ce qu'il a donné de trop, si c'est par erreur qu'il a payé [13]. Mais qu'arrivera-t-il si le juge n'accueille pas la compensation opposée par le défendeur? Il faut distinguer : si l'exception a été déclarée non recevable, parce qu'elle ne réunit pas toutes les conditions requises pour la compensation, par exemple, parce qu'elle n'est pas exigible ou liquide, le défendeur peut la faire valoir ultérieurement; si, au contraire, la compensation a été rejetée parce que la prétention n'était pas fondée, il y a chose jugée contre le défendeur, qui ne pourra plus dès lors faire valoir cette créance [14].

DE LA NOVATION †.

§ 293. *Notion et conditions requises.*

On entend par novation, dans le sens propre, la substitution d'une obligation à la place d'une autre qui s'éteint [1]. Elle a lieu toutes les fois

currentes quantitates, eiusque solius quod amplius apud alterum est usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit. »

[10] Fr. 11. 12, D., *h. t.* – L. 4 in f. C., *eodem*, à la note précédente. – L. 5. 12, C., *eodem*. – L. 7, C., *de solutionibus* 8, 43. — Cf. Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1, et ci-après, note 12.

[11] Fr. 10, § 1, D., *h. t.* – Cf. Fr. 26, § 3. 7. Fr. 30. 32, § 1. Fr. 40, pr. § 2, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Il peut aussi, s'il le préfère, exiger l'exécution de l'obligation qu'il a négligé d'opposer en compensation. Ci-dessus, note 6.

[12] Fr. 31, § 1, D., *de hered. pet.* 5, 3. « Sed si ipsi aliquid prædoni (*i. e.* malæ fidei possessori hereditatis) debebatur, hoc deducere non debebit, maxime, si id fuit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen, si expediebat petitori (*i. e.* heredi) id debitum esse dissolutum *propter pœnam vel aliam causam?* Potest dici, ipsum sibi vel solvisse, vel debuisse solvere. 2. Justus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur. » — Arg. Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1. « ..... Tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur : non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest... »

[13] *Voy.* ci-dessus, notes 7 et 11.

[14] Fr. 7, § 1, D., *h. t.* « Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei iudicatæ exceptio obiici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito : tunc enim rei iudicatæ mihi nocebit exceptio. » — Fr. 8, § 2, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 1, § 4, *verbis* Quid ergo D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. – L. 14, § 1, C., *h. t.*, ci-dessus, § 291, note 16 *in fine*. – Cf. t. I, § 69. note 48.

† Gaius, III, 176 sqq. – Paul, V, 8. – § 3, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. – Tit. D., *de novationibus et delegationibus* 46, 2. – Tit. C., *eodem* 8, 42.

[1] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel natu-

que l'on remplace l'un des éléments essentiels de l'obligation. Cela peut se faire *a*) en éteignant la dette existante et en la remplaçant par un engagement ayant une autre cause [2]; *b*) en substituant une autre prestation à celle qui fait l'objet de la dette à éteindre [3]; *c*) en opérant un changement dans les personnes essentielles de l'obligation, soit dans la personne du débiteur, soit dans la personne du créancier, soit dans la personne de l'un et de l'autre [4]. La novation qui s'opère par une substitution de personnes est appelée *delegatio*, et l'on se sert de préférence du mot *expromittere,* pour désigner l'acte par lequel un débiteur se met à la place d'un autre qu'il libère en se déléguant au créancier [5]. Les délégations qui s'opèrent par substitution d'un créancier à un autre produisent un résultat pratique assez analogue à celui qui est obtenu par la cession des actions. Mais il n'y en a pas moins des différences essentielles entre ces deux opérations : d'abord, quant aux conditions requises, la délégation exige le consentement du débiteur délégué, tandis que la

ralem, transfusio atque translatio, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione. »

[2] *Interpret. Visigoth. ad* PAUL, V, 5. « Novatio est, quotiens causa novatur. » — Fr. 17, D., *de condictione furtiva* 13, 1. — Fr. 71. pr. D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 75, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 2. 6, § 1. Fr. 7. 8, § 1, D., *h. t.* — THÉOPHILE *ad Inst.* III, 29, 3. — Cf. ci-dessus, § 246, note 27, et 247, notes 14. 15.

[3] L'exemple le plus important de pareil changement se trouve dans la célèbre stipulation Aquilienne dont nous parlerons ci-après, § 295, II. D'autres exemples : Fr. 4. 28. 32, D., *h. t.* — Fr. 58, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 56, § 7, D., *eodem.* — L. 8, C., *h. t.* « ... si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem *augendam* vel minuendam esse crediderit... »

[4] GAIUS, III, 176. — § 3, I., *h. t.* — Fr. 8, § 5, D., *h. t.*, et *passim.* Cf. les trois notes suivantes.

[5] Cette terminologie est conforme à nos sources; mais elle est loin d'être aussi absolue que les commentateurs ont l'habitude de le dire. *Delegare,* dans un sens général, est synonyme de *mandare,* et pourrait dès lors embrasser toute espèce de cession ou de transport. Il est vrai que le mot est le plus fréquemment employé dans le sens technique que nous avons indiqué, c'est-à-dire pour désigner les novations qui se font par une substitution de personnes, et plus spécialement encore cette espèce de novation dans laquelle un débiteur est mis à la place d'un autre, ou, comme les Romains aiment à dire, dans laquelle un débiteur délègue son débiteur au créancier, DEBITOREM DELEGARE CREDITORI. Fr. 12. 13, D., *h. t.* — Fr. 3. 8, § 2, D., *ad Sc. Vellei.* 16, 1. — Fr. 22, § 2. Fr. 45, § 7, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 20, D., *de in diem adict.* 18, 2. — Fr. 37, § 4, D., *de operis libert.* 38, 1. — Fr. 96, § 2, D., *de solut.* 46, 3. — NOMEN DEBITORIS DELEGARE, Fr. 9, D., *de præscr. verbis* 19, 5). Mais rien ne s'oppose à ce qu'on se serve du mot *delegare* pour désigner un transport quelconque (Fr. 51 in f. D., *de peculio* 15, 1), et même dans des hypothèses où il ne peut être question de novation, par exemple, lorsque nous nous obligeons envers le créancier, non pas pour éteindre la dette d'un autre, mais pour empêcher qu'il ne devienne débiteur, etc. Fr. 42, pr. D., *de re iudicata* 42, 1. « Si te donaturum mihi delegavero creditori meo. » Cf. GAIUS, III, 130. — Fr. 33, D., *h. t.* — Fr. 4, § 1, D., *de manumiss.* 40, 1. *Voy.* aussi le Fr. 5, § 8, D., *de iure dotium,* 23, 3, où l'on dit de quelqu'un qui emprunte de l'argent pour le donner en dot à sa fille : « Mutuatus, creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem. » — Quant au mot *expromittere,* il signifie littéralement *promettre quelqu'un dehors,* c'est-à-dire le mettre en dehors de l'obligation (le libérer) au moyen d'une promesse que nous faisons. Dans la signification

cession peut se faire à son insu et malgré lui [6]; ensuite, quant aux effets, la délégation éteint l'ancienne obligation et la remplace par une nouvelle, tandis que la cession de l'action laisse subsister la créance telle qu'elle était avec tous ses accessoires, priviléges et exceptions [7].

La novation exige la réunion des conditions suivantes :

1° Une obligation à transformer [8]. Il va de soi qu'une convention ayant pour but de transformer un rapport nullement obligatoire, ne peut valoir comme novation [9]; car, on ne peut nover ce qui n'existe pas [8]. Quant aux rapports obligatoires, dépourvus d'efficacité (*obligationes inanes* ou *inefficaces*), ils sont pleinement susceptibles de novation, quand les parties agissent en connaissance de cause [10]. En dehors de cette hypothèse, la convention faite avec l'intention de nover une obligation inefficace est, à la vérité, valable de droit; mais le débiteur peut, le cas échéant [11], produire contre l'action intentée en suite de cette convention, les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancienne obligation [12];

indiquée au texte, il se trouve soit tout court sans régime, soit avec un régime, *expromittere creditori* (Fr. 22, D., *ad Sc. Vellei.* 16, 1. – Fr. 45, § 4, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 36, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 104, § 1, D., *de legatis I* (30). – Fr. 31, § 3. Fr. 35, § 7, D., *de mortis causa donat.* 39, 6). Aussi le substantif *expromissor* désigne-t-il celui qui prend à sa charge la dette d'un autre afin de libérer ce dernier (Fr. 7, § 8, D., *de dolo malo* 4, 3. – Fr. 4, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. – Fr. 10, D., *de pignor. act.* 13, 7. – Fr. 8, § 8, D., *ad Sc. Vellei.* 16, 1. – Fr. 53, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 4, § 3, D., *de re iudic.* 42, 1. – Fr. 110, § 1, D., *de reg. iur.* 50, 17). Mais nous rencontrons aussi le terme *expromittere* quand il s'agit d'une novation sans changement de débiteur (Fr. 20, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. – Fr. 19, § 4, D., *de donat.* 39, 5), et même dans des cas où il n'y a aucunement novation, par exemple, quand je m'oblige afin d'empêcher qu'un autre ne devienne débiteur (ci-dessus, § 260, note 8).

[6] *A*) *Voy.* ci-après, note 23. — *B*) Ci-dessus, § 189, note 1.

[7] *A*) *Voy.* ci-après, § 294, notes 1-6. — *B*) Ci-dessus, § 189, B.

[8] Cette proposition est d'une vérité trop évidente pour qu'il soit nécessaire de l'énoncer. Aussi ne se trouve-t-elle guère formulée que tout accidentellement au Fr. 91, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. « .... quia neque hominem qui non est, neque pecuniam quæ non debetur, stipulari (i. e. novare) possumus. »

[9] Il se peut, à la vérité, que pareille convention fasse naître une obligation à charge du promettant; mais si cela se produit, ce sera uniquement par la raison que l'erreur sur les motifs n'est point une cause de nullité des conventions (ci-dessus, § 201, note 12). Aussi l'opération ne participe-t-elle point de la nature de la novation. Cf. l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[10] Dans ce cas, en effet, la nouvelle stipulation implique renonciation à l'exception par laquelle on aurait pu rendre inefficace l'obligation primitive. Ci-dessus, § 277, notes 7. 10. 11, et Fr. 62, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 47, D., *de operis libertorum* 38, 1. – Fr. 12, D., *h. t.* – Cf. Fr. 25, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 20, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. « ... per *ignorantiam facti* novatione facta... » – L. 2, C., *eodem* 4, 28, ci-dessus, § 234, notes 24. 26.

[11] Le cas échéant, c'est-à-dire, quand la novation se fait entre les mêmes parties (Fr. 12. 13. 19, D., *h. t.* – Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12. 4). Pour le cas où il y a changement de personnes, il en est autrement. Cf. ci-après, § 294, note 4.

[12] Les mêmes exceptions, bien qu'elles puissent parfois être conçues *in factum*. Fr. 20, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. – Fr. 14, D., *de exceptionibus* 44, 1. – Fr. 17, § 2, D., *de doli mali exc.* 44, 4. – Cf. Fr. 7, pr. § 1, D., *eodem*. – Fr. 32, D., *soluto matrimonio* 24, 3. – Fr. 3, D., *de rescind. vendit.* 18, 5. — *Voy.* ci-dessus, § 277, note 5 *in fine*.

il peut de plus se servir d'une *condictio* [13] à l'effet d'être libéré de l'engagement qu'il a contracté ou de répéter ce qu'il a été obligé de payer [14]. — La nature de l'obligation qu'il s'agit de nover est indifférente : elle peut être civile ou naturelle [15], on peut faire novation d'une dette à terme [16], et même d'une obligation non encore existante, pour le cas où elle naîtrait, par exemple, d'une créance conditionnelle. Mais, dans cette dernière hypothèse, il n'y a naturellement rien de fait si la créance éventuelle ne vient pas à existence, à moins que les parties n'aient agi dans une autre intention [17]. — Rien ne s'oppose à ce que plusieurs obligations soient réunies pour faire l'objet d'une novation [18].

2° Une convention créant une obligation nouvelle [19]. Dans le droit nouveau la forme de cette convention ne peut guère être que la forme verbale, c'est-à-dire la stipulation [20]. Dans l'ancien droit, la novation pouvait aussi s'opérer par l'écriture, au moyen des *nomina transcripticia* [21]. Nos lois parlent, en outre, d'une novation qui se fait par *litis contestatio* [22]. — Si la convention n'est pas valable et, partant, ne donne pas lieu à une nouvelle obligation, il n'y a pas de novation et l'ancienne obligation continue d'exister [23]. Quand la convention est conditionnelle, la novation

[13] *Condictio indebiti* ou *sine causa,* éventuellement *condictio causa data causa non secuta.* Ci-dessus, § 276, note 8; § 277, notes 5. 32. 42. 49. 50; § 278, note 8.

[14] Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 8, § 2, D., *ad Sc. Vellei.* 16, 1. — Fr. 78, § 5, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. Cf. Fr. 20, pr. D., *eodem.* — Fr. 7, pr. § 1, D., *de doli except.* 44, 4. — Fr. 12. 13, D., *hoc titulo.*

[15] Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *hoc titulo.*

[16] Même avant l'échéance. Fr. 5 in f. Fr. 8, § 1, D., *hoc titulo.*

[17] Fr. 8, § 1. 2. Fr. 11, § 1. Fr. 31, pr. D., *h. t.* — Fr. 21, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[18] L'exemple le plus intéressant de pareil cumul nous est fourni par la stipulation Aquilienne. Fr. 18, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4, et ci-après, § 295, note 11. D'autres exemples aux Fr. 26 in f. Fr. 32. 34, § 2, D., *h. t.*

[19] § 3, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. « ... tunc fieri novationem, quando novandi animo in secundam obligationem itum fuerit. » Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, à la note suivante. — Fr. 5. 8. § 1, D., *eodem.*

[20] Cela résulte directement des règles générales (ci-dessus, § 246, notes 24-27), et implicitement de plusieurs textes, notamment Fr. 1, § 1. Fr. 2. Fr. 11, § 1. Fr. 22. Fr. 24. Fr. 31 in f. Fr. 33, D., *h. t.* — L. 1. 5, C., *h. t.* — L. 2, C., *de exsecutione rei iudicatæ* 7, 53.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 247, notes 11-17.

[22] Fr. 11, § 1, D., *h. t.* « Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. » Cf. *Vaticana fragmenta* 263, et ci-après, § 294, Observation.

[23] Gaius, III, 176. 179. — Fr. 4, D., *h. t.* — Mais il suffit que la nouvelle convention produise une obligation naturelle. Fr. 1, § 1 in f., D., *h. t.* « Qualiscumque igitur obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. » — (Gaius, III, 176) § 3, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. « ... Adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si id, quod tu Titio debeas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fueris, quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset... » Il est difficile de donner une raison *décisive* de cette

n'existera que si la condition vient à s'accomplir [24]. — Comme la nouvelle obligation s'établit par convention, il est évident qu'elle exige le consentement des parties qui doivent y figurer. Par suite, quand il y a substitution d'un créancier, il faut évidemment le consentement du débiteur, ainsi que celui de l'ancien et du nouveau créancier [25]. Mais quand un autre débiteur se met à la place de l'ancien, le consentement de ce dernier n'est pas requis, puisqu'on peut libérer un débiteur à son insu et même malgré lui [26]. Il est également évident que les personnes dont le consentement est requis doivent avoir la capacité nécessaire pour faire l'acte auquel elles concourent, et notamment que le débiteur de la nouvelle dette doit être capable de s'obliger, et le créancier de l'ancienne capable d'aliéner [27]. Les diverses personnes qui interviennent dans la novation peuvent, au reste, en tant que l'opération le permet, se faire représenter; mais le mandat de recevoir payement n'implique pas par lui-même pouvoir d'opérer novation [28].

3° Il ne suffit pas que les parties aient créé une obligation nouvelle, il faut qu'elles l'aient fait dans l'intention d'éteindre l'ancienne et de la remplacer par la nouvelle, *animus novandi* [29]. La question de savoir si cette intention a présidé à la création de la nouvelle dette peut présenter des difficultés comme toute question d'intention. Elle est d'habitude assez simple quand on a changé soit les personnes, soit l'objet de la prestation; mais elle devient d'une grande difficulté lorsque, les personnes et le principal objet restant les mêmes, il n'y a qu'un changement de forme ou de modalité de la créance. De tout temps, les Romains ont reconnu en principe que la novation ne se présume point et que la volonté de l'opérer

différence faite entre l'esclave et le pupille. Aussi Servius Sulpicius admettait-il comme valable la novation faite au moyen de la promesse d'un esclave : « sed alio iure utimur ». Gaius, III, 179. Cf. *ibidem*, 176 et Fr. 30, § 1, D., *de pactis* 2, 14.

[24] (Gaius, III, 179) § 3, *verbis* Quod autem I., *quibus modis obl. tollitur* 3, 29. – Fr. 8, § 1. Fr. 14. 24, D., *h. t. Voy.* aussi ci-après, § 294, notes 9. 10.

[25] Différence avec la *cessio nominis. Voy.* ci-dessus, notes 6. 7, et L. 1. 6, C., *h. t.*

[26] Fr. 8, § 5 in f., D., *h. t.* – Fr. 91, D., *de solut.* 46, 3. – Fr. 31 in f. D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, § 288, note 3.

[27] Fr. 3. 9, pr. Fr. 16. 20, D., *h. t.*–Fr. 15, D., *de solutionibus* 46, 3.—Cf. ci-dessus, note 23.

[28] La proposition de Paul, Fr. 10, D., *h. t.* « Cui recte solvitur, is etiam novare potest... » n'est donc pas absolue. Cf. la suite du Fr. 10 et Fr. 12. 16. 21. 23. 25. 34, pr. D., *h. t.*, ainsi que L. 4, C., *eodem ;* Fr. 10, D, *de solutionibus* 46, 3 ; Fr. 27, pr. D., *de pactis* 2, 14. « ... nam nec novare alium posse (argentarium socium), quamvis ei recte solvatur, » ci-après, § 294, note 5. Les tuteurs, les curateurs et le *procurator omnium bonorum* peuvent nover au nom des personnes dont ils gèrent les affaires. Fr. 20. § 1, D., *h. t.* « Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare; tutor potest, si hoc pupillo expediat : item procurator omnium bonorum. » – Fr. 34, § 1, D., *eodem.* – Fr. 22, D., *de adm. tut.* 26, 7. – Cf. ci-dessus, § 220, note 15, et ci-après, t. III, § 347, note 6.

[29] Animus novandi. Novandi causa. Hoc agitur ut novetur, etc. Fr. 2. 6, pr. Fr. 7. 8, § 1-3. 5. Fr. 9, pr. Fr. 14, pr. § 1. Fr. 22. 24. 26. 28. 31, pr. Fr. 32, D., *h. t.* – Fr. 91, D., *de solutio-*

doit clairement résulter de l'acte [30]. Mais, dans l'application que les jurisconsultes font de ce principe aux divers cas pratiques, nous sommes loin de rencontrer la rigueur et la précision qui caractérisent d'ordinaire leurs décisions. Justinien, voulant mettre fin aux incertitudes de la jurisprudence [31], publia une constitution qui est devenue la source de nouvelles controverses et incertitudes [32]. Sans vouloir approfondir ces controverses, nous nous bornerons à dire que l'empereur semble n'admettre de novation que dans les cas où l'intention d'éteindre l'ancienne dette résulte clairement et incontestablement de l'acte, et que, toutes les fois qu'il peut y avoir seulement doute à cet égard, l'ancienne obligation subsistera et la nouvelle viendra s'y joindre; ce qui ne veut pas dire que le débiteur sera tenu de payer deux fois, mais que ce qui a été stipulé dans la seconde accédera à la première, qui restera entière avec tous ses accessoires, etc. [33].

Observation. Nous avons dit, plus haut, que la convention, faite dans l'intention de nover un rapport nullement obligatoire, ne peut valoir comme novation; mais qu'elle peut néanmoins être susceptible de faire naître une obligation à la charge du promettant, et ce par la raison que l'erreur sur les motifs n'est point une cause de nullité [34]. Ceci demande

nibus 46, 3. — Fr. 13, § 10. Fr. 21, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 60, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 13, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. — Fr. 71, pr. D., *pro socio* 17, 2. — (§ 3, I., *quibus modis obl. toll.* 3, 29) L. 8, C., *h. t.*, ci-après, note 32. — Cf. Fr. 5, D., *de transactionibus* 2, 15. « Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites *de quibus non est cogitatum* in suo statu retinentur. Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit. » — Fr. 3, pr. D., *de duobus reis* 45, 2, ci-dessus, § 246, note 35.

[30] Fr. 71, pr. D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 58, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 3, pr. D., *de duobus reis* 45, 2, ci-dessus, § 246, note 35. — Fr. 2 in f. Fr. 6, pr. Fr. 7. 8, § 1. 3. Fr. 26. 28, D., *hoc titulo.*

[31] Nous trouvons entre autres des controverses sur la question de savoir s'il y a novation quand les parties ajoutent un fidéjusseur (Gaius, III, 177. 178), quand elles ajoutent ou retranchent un terme ou une condition. Gaius, III, 177. 179. — Fr. 5. 8, § 1. Fr. 14, pr. Fr. 24. 31, D., *h. t.* — Cf. § 3, I., et L. 8, C., *cités.*

[32] L. 8, C., *h. t.* « Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, *quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος Græci dicunt) causa procedat. Hoc enim naturaliter inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. »

[33] L. 8, C., *citée*, et § 3, I., *quib. modis obl. toll.* 3, 29, combinés avec Fr. 2 in f. et Fr. 8, § 5, D., *h. t.* « Il. .... si non hoc agatur (ut novetur obligatio), duæ erunt obligationes. VIII, 5. « ... Si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur. » — Cf. Fr. 28, *verbis* Itaque si rem D., *eodem*, et ci-dessus, § 246, note 27; § 251, notes 35-37.

[34] Ci-dessus, note 9.

quelques développements. — Il est d'abord certain que la nouvelle convention est radicalement nulle si la prestation promise est absolument indéterminée [35]. En dehors de cette hypothèse, il faut distinguer : 1°) Si la nouvelle convention se fait entre les mêmes parties, elle sera nulle en thèse générale [36], sauf dans des cas exceptionnels où l'intention des parties était plutôt de créer une obligation que de nover [37]. 2°) Si la nouvelle convention est faite avec une personne tierce, remplaçant le créancier ou le débiteur apparent, l'engagement sera valable et efficace [38], à moins qu'il n'y ait des causes particulières qui affectent la validité ou l'efficacité de l'opération [39]. Le promettant devra donc exécuter la prestation qu'il s'était engagé de faire [40]; mais dès qu'il découvre l'inexistence de l'obligation qu'il a cru éteindre en s'engageant, il aura contre la partie qui a profité de l'erreur une *condictio* aux fins d'être libéré de son engagement ou d'être remboursé de ce qu'il a été contraint de payer [41].

[35] Cf. ci-dessus, § 199, n° 2. « D'accord avec Titius, je me fais promettre par vous ce que vous devez à Titius. » Il est évident que si vous ne devez rien à Titius, rien ne me sera dû à moi. Pareille stipulation est encore impuissante à créer une obligation, faute d'objet. Ci-dessus, § 199, n° 1.

[36] Pour deux raisons : 1° faute d'objet; 2° pour cause d'erreur essentielle. Ci-dessus, § 199, n° 1, et § 201, note 6. — Il en serait autrement si le débiteur avait agi en connaissance de cause. Fr. 62, D., *de condict. indebiti* 12, 6; Fr. 1, pr. *verbis* Et quidem D., *ut in possess. legatorum causa* 36, 4; Fr. 21, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, note 10 et § 277, notes 10 et suivantes.

[37] « Ayant besoin à jour fixe d'une certaine somme d'argent, je vous offre de vous faire une remise considérable sur une dette que nous croyons l'un et l'autre m'être due par vous à longue échéance, si vous voulez prendre l'engagement de me payer la somme moindre au jour prédit. Vous promettez. » Au cas que vous découvriez l'inexistence de la dette qu'il s'agissait d'éteindre en partie, vous aurez certes la *condictio ab causam datorum* pour obtenir la libération de votre engagement; mais, si vous n'avez élevé aucune réclamation avant le jour fixé, vous sera-t-il permis d'opposer à ma demande la nullité de la novation?

[38] « Titius me demande le payement d'une somme de mille francs que nous croyons l'un et l'autre due par moi. Me trouvant hors d'état, dans ce moment, de vous satisfaire, l'un de nous s'adresse à vous qui êtes notre ami commun et qui consentez à donner à Titius les mille francs dont il a besoin moyennant l'engagement que je prends de vous payer pareille somme dans deux ans. » Ou bien : « une femme, voulant donner à son mari une dot de mille francs, s'adresse à une personne qui se croit débitrice de pareille somme envers la femme et qui s'engage à payer cette somme au mari. Fr. 13, D., *h. t.* — Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. » Il n'importe que l'engagement soit conçu tout simplement : « Je promets de payer mille francs », ou bien : « Je promets de payer les mille francs que je dois à Titius ou à Titia ». Dans la seconde hypothèse, les mots « que je dois a Titius ou à Titia », constituent une *falsa demonstratio* ou *causa, quæ non nocet;* dans la première, la même cause est sous-entendue.

[39] Par exemple : pour cause de dol dans le chef du nouveau créancier, ou par la raison que l'opération constitue une libéralité que l'ancien créancier apparent entend faire au nouveau créancier. Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 7, D., *de doli mali exc.* 44, 4.

[40] Fr. 13, D., *h. t.* — Fr. 62, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4.

[41] Fr. 13, D., *h. t.* — Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. — Fr. 2, § 3. 4, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 1, pr. D., *ut in possessionem legatorum causa esse liceat* 36, 4. — Fr. 13, D., *h. t.*—La plupart des textes cités ci-dessus, note 14, peuvent également, par analogie, être invoqués ici.

§ 294. *Effets de la novation. — Des novations cumulatives et nécessaires.*

La novation a pour effet d'éteindre *ipso iure* l'ancienne dette avec les accessoires [1]. Elle fait donc cesser les priviléges, les cautions, les hypothèques et les gages attachés à la créance [2], ainsi que les intérêts et les effets de la demeure et de la *stipulatio pœnæ* [3]. Par contre, le débiteur perd également les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancienne dette [4]. Par le même motif, la novation d'une dette corréale éteint la dette à l'égard de tous les débiteurs ou créanciers solidaires, soit que la nouvelle dette se contracte entre l'un des *correi* et la partie adverse [5], soit qu'elle

[1] (Gaius, III, 176) § 3, I., *quibus modis obl. toll.* 3, 29. — Fr. 31, § 1, D., *h. t.* « ... similem esse solutioni... » — Fr. 8, § 3 in f. D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. « .... solvit enim qui delegat. » — Fr. 37, § 4, D., *de operis libertorum* 38, 1. « ... solutionis enim vicem continet hæc delegatio. » — Cf. ci-dessus, § 288, notes 24. 26. — Fr. 19, § 4, D., *de donationibus* 39, 5. « debiti solutio. » — Fr. 21, § 3, D., *de annuis legatis* 33, 1. « .... in his quidem summis quæ per numerationem vel novationem solutæ sunt. » — L. 2. 3, C., *h. t.* et *passim.* — Pour l'obligation alternative, *voy.* Fr. 8, § 4. Fr. 26. 32, D., *h. t.* — Il va de soi que la novation agit dans les limites tracées par l'intention des parties. Fr. 4, § 1 in f. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 5, D., *de transact.* 2, 15, ci-dessus, § 293, note 29 *in fine.*

[2] Fr. 18. 29, D., *h. t.* Fr. 68, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 60, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 4, C., *eodem* 8, 41.

[3] Stipulatio pœnæ. Fr. 15, D., *h. t.* — Intérêts. Fr. 18. 27, D., 17. — Cessation des effets de la demeure. Fr. 17, D., *de condictione furtiva* 13, 1. (Il est à remarquer que cet effet est produit, alors même que la stipulation, pour une raison quelconque n'aurait pas l'effet d'une novation, par la raison que l'intention de faire remise des effets de la demeure, est évidente. Fr. 8, pr, D., *h. t.;* Fr. 29, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1). — Les Fr. 14, pr. Fr. 31, pr. D., *h. t.*, et Fr. 72, § 1. 2. 3, D., *de solutionibus* 46, 3, traitent de la question de savoir si une novation conditionnelle fait cesser immédiatement les effets de la demeure ou si cet effet reste en suspens jusqu'à l'accomplissement de la condition et, par conséquent, ne se produit que si la novation devient efficace ensuite de l'accomplissement de la condition. En principe, il faut certes admettre cette dernière opinion (*voy.* ci-après, notes 9. 10), comme le fait Venuleius, Fr. 31, pr. D., *h. t.* (Cf. Julien, Fr. 56, § 8, D., 45, 1), à moins que l'intention des parties n'ait été autre. Il est vrai que cette intention paraît problable dans la plupart des cas. Aussi, Marcellus, Fr. 72, § 1, D., *de solut.* 46, 3, paraît-il dire qu'on doit la présumer : « In promtum contradictio, debitorem, cum stipulanti creditori suo sub condicione promisit, *non videri in solutione hominis* (*servi*) *cessasse* », et se prononce, par conséquent, pour la cessation immédiate des effets de la demeure. Fr. 72, § 1. 2. 3, D., *cité.* La même solution se trouve chez Ulpien, Fr. 14, pr. D., *h. t.* Cf. ci-après, note 9.

[4] Cic., *de officiis*, III, 14, ci-dessus, § 247, notes 15. 17. — Fr. 9, § 1, D., *de condict. c. d. c. n. s.* 12, 4. Fr. 78, § 5, D., *de iure dotium* 23, 3. — Fr. 20. 21, D., *de doli except.* 44, 4. — Fr. 1, § 11, D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5. — Fr. 25, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 12. 19. 33, D., *h. t.* — Cf. ci-dessus, § 293, note 11. Il en est de même du moyen de droit qui porte le nom d'*exceptio non numeratæ pecuniæ.* L. 6, C., *de exceptione non numeratæ pecuniæ* 4, 30. — C'est à tort qu'on a voulu voir une contradiction entre Paul, Fr. 19, D., *h. t.*, qui refuse l'*exceptio Sc. Macedoniani* contre la créance novée, et Ulpien, Fr. 6. 7, pr. § 1, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. Dans aucune des trois hypothèses traitées par Ulpien il n'y a novation ; dans les deux cas du Fr. 7 *cité*, la stipulation n'est pas serieuse : « color quæsitus, ut fraus senatusconsulto fiat. »

[5] Fr. 31, § 1, D., *h. t.* Arg. Fr. 20, D., *ad Sc. Velleianum*, à la note suivante. Les mots : *cum*

s'établisse entre le créancier et un tiers, qui se présente comme débiteur de la nouvelle obligation [6].

Il va de soi, au reste, que les parties peuvent déroger à ces effets naturels de la novation; que notamment elles peuvent étendre ou restreindre ces effets [7], en différer l'action, les faire dépendre de certaines éventualités, etc. [8]. La novation conditionnelle ne sort ses effets que si la condition vient à s'accomplir [9]; cependant elle fait naître immédiatement, suivant les principes généraux, une éventualité de lien obligatoire, dont l'effet se manifeste, entre autres, parce que l'exécution de

id specialiter agit, qui se trouvent au Fr. 31, § 1, D., *cité,* veulent dire : *si le* CORREUS *a agi avec l'intention de libérer.* (Cf. Fr. 58, *verbis* Nisi in omnibus D., *de verb. obl.* 45, 1.) Cette intention peut, en effet, faire défaut. Supposons que, créancier d'un esclave, je stipule de l'un de mes débiteurs solidaires une somme d'argent en remplacement de l'esclave : il y aura certes novation entre moi et *ce* débiteur, et je ne pourrai plus exiger de lui l'esclave; mais il ne sera point permis de dire, au moins en thèse générale, que j'ai eu l'intention de renoncer à ma créance corréale. Cf. ci-après, note 7. — Le Fr. 27, pr. D., *de pactis* 2, 14, paraît, à la première vue, refuser à la novation faite par un *correus stipulandi* l'effet extinctif à l'égard des autres *correi ;* mais cette contradiction avec les deux passages mentionnés ci-dessus disparaît si l'on rapporte la fin du Fr. 27 *cité* (« Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est »), non pas à la phrase immédiatement précédente : *Idem Labeo,* où il s'agit de novation, mais à la première phrase dans laquelle il est traité du *pactum ne petatur.* Dès lors, le texte donne le sens suivant : « Le *pactum ne petatur,* consenti par l'un de deux banquiers associés, fût-il *in rem,* ne peut être opposé à l'autre; car le banquier associé a bien le droit d'*agir* seul pour le tout (*petere*), mais son droit ne va pas plus loin. C'est aussi l'avis de Labéon qui fait valoir à l'appui qu'il peut fort bien se faire que quelqu'un ait le droit de recevoir, sans avoir celui de faire novation, comme, par exemple, les personnes sous puissance à l'égard de l'argent qu'elles ont prêté (Cf. Fr. 25, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 293, notes 27. 28). Ce qui vient d'être dit des banquiers associés s'applique également aux *correi stipulandi,* c'est-à-dire que le *pactum ne petatur,* consenti par l'un d'eux, ne peut être opposé aux autres. » Cf. ci-apres, § 295, note 35.

[6] Arg. Fr. 20, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. « Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori. » De ce que le créancier a besoin d'obtenir la restitution *adversus utrumque reum,* il s'ensuit naturellement que l'expromission avait eu pour effet de libérer *utrumque reum. Voy.* ci-dessus, § 265, notes 9-11.

[7] Fr. 29, D., *h. t.* « ... Perit privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, *si id specialiter actum est...* » Cf. ci dessus, note 5. — Fr. 11, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Novata autem debiti obligatio pignus perimit, *nisi convenit ut pignus repetatur.* » — Fr. 14, pr. D., *h. t.,* et Fr. 72, § 1. 2. 3, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. ci-dessus, note 3, et ci-après, note 9.

[8] Fr. 5, D., *h. t.* — Fr. 8, § 1, D., *eodem.* « ... Qui in diem stipulatur, *statim* novat.... »

[9] GAIUS, III, 179. — § 3, *verbis* Quod autem I., *quibus modis obl. tollitur* 3, 29. — Fr. 30, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 36, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 8, § 1, D., *h. t.* « .... At qui sub condicione stipulatur, non *statim* novat, nisi condicio exstiterit... » — Fr. 14, pr. D., *eodem.* « ..... Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget : quia non subest res eo tempore quo condicio impletur..... »— Fr. 24. 31, pr. D., *eodem.* — Fr. 29, § 1 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 56, § 8, D., *eodem.* « ..... Homine (sub condicione promisso) mortuo desinit res, in quam Seius obligaretur. » — Fr. 72, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. « ... pendente ea Stichus *decessit* : videamus an, *quia novari prior obligatio non potest,* petitio servi competat *rel.* Cf. ci-dessus, § 205, note 32. — Les parties peuvent cependant déroger aux effets naturels de la condition et convenir, par exemple, que l'ancienne obligation sera éteinte sur-le-champ et entièrement remplacée par la *spes debitum iri,* que crée

la dette originaire ne peut être poursuivie tant que la condition reste en suspens [10].

Observation. Nous avons pris, dans ce qui précède, le mot *novatio* dans le sens technique, qui implique nécessairement extinction de l'ancienne dette [11]. On peut le prendre dans un sens plus vague pour désigner toute innovation, tout changement apporté à un droit existant. Dans cette acception du mot, les commentateurs distinguent la novation privative et la novation cumulative, dont la première éteindrait la dette originaire, tandis que la seconde ne ferait qu'ajouter à la première dette, qui continue d'exister. Cette terminologie manque de précision et n'est propre qu'à mettre la confusion dans les idées. Il n'y a que la novation privative qui mérite le nom de *novatio* dans le sens technique. — Une inexactitude analogue se rencontre dans la terminologie romaine, d'après laquelle le changement qui s'opère par la *litis contestatio* dans les rapports existants entre le demandeur et le défendeur, est également qualifié de *novatio* [12]. Nous avons fait observer ci-dessus que l'idée de la novation ne peut, en aucune façon, s'appliquer à la *litis contestatio* par rapport à une catégorie entière d'actions, savoir : aux *actiones in rem*. Nous nous bornerons ici à ajouter que, même dans les *actiones in personam*, la *litis contestatio* et le jugement, tout en produisant certains effets de la novation, ne constituent pourtant point une véritable novation, et que notamment ces deux actes de procédure n'ont point pour effet d'éteindre les accessoires attachés au droit qui sert de fondement à l'action [13].

la stipulation conditionnelle. Cette intention paraît devoir être présumée en ce qui concerne les effets de la demeure, comme nous l'avons vu ci-dessus, note 3. Servius Sulpicius était même d'avis qu'elle devait être présumée dans tous les cas : « existimavit *statim et pendente condicione* novationem fieri, et, si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse, eoque modo rem perire... Sed... alio iure utimur.... » Gaius, III, 179.

[10] Gaius, III, 179 « .... Sed videamus, num is qui eo nomine (*i. e.* prioris obligationis) agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit submoveri... » — Fr. 30, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 36, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 60, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 80. 83, D., *de iure dotium* 23, 3.

[11] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « ... cum ex præcedente causa ita NOVA CONSTITUITUR, ut PRIOR perimatur, » ci-dessus, § 293, note 1.

[12] Gaius, III, 180. 181 ; IV, 106. 107. — *Vaticana fragm.* 263. — Paul, au Fr. 29, D., *h. t.* (*voy.* la note suivante), oppose même la vraie novation, sous le nom de *novatio voluntaria*, à celle qui s'opère par la *litis contestatio*, ce qui a engagé les commentateurs à appeler cette dernière *novatio necessaria* *. — Il faut se rappeler, au reste, que, dans l'origine, la *litis contestatio* n'était autre chose qu'une convention par laquelle les parties déclaraient se soumettre au jugement à intervenir, et qui était volontaire comme toute autre convention. Par la suite, elle devint un acte forcé, et elle finit à la longue par perdre le caractère d'une convention. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 47, note 34, et § 54, notes 2-14.

[13] Fr. 29, D., *h. t.* « Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit enim privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est. Quod nemo dixerit lite contestata ; *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem,*

DE LA REMISE DE LA DETTE.

§ 295. *Du* contrarius consensus. — *De l'acceptilation et de la stipulation Aquilienne.* — *Des* pacta ne petatur.

Dans les modes d'extinction dont nous avons traité jusqu'à présent, il y avait toujours une prestation de la part du débiteur pour satisfaire à son obligation[1]. Mais le débiteur peut aussi être libéré, sans que pareille prestation intervienne, par la remise que le créancier lui fait de la dette[2].

En effet, il est évident que le concours des deux volontés peut éteindre une obligation comme il l'a fait naître. Ce principe était reconnu par les Romains[3] et appliqué avec la rigueur accoutumée.

I. L'application en était facile dans les contrats qui se forment par le seul consentement[4]. Le consentement contraire (*contrarius consensus*, *contraria voluntas*, *contrarius dissensus*[5]) suffit pour les résoudre[6], tant qu'aucune des parties n'a encore exécuté. Quand il y a eu exécution d'une part, il faut naturellement remettre les choses en entier, pour que le simple consentement puisse suffire à dissoudre le lien du contrat[7].

ut solet dici in his actionibus, quæ tempore vel morte finiri possunt. » — Fr. 22, D., *de tutelæ actione* 27, 3. — Fr. 86, D., *de regulis iuris* 50, 17. — L. 8, C., *de novationibus* 8, 42. *Voy.* aussi ci-dessus, § 186, note 20, et § 263, notes 9. 10.

[1] Cela est évident pour le payement et les offres réelles; la compensation est une imputation réciproque de ce que l'une des parties doit à l'autre (§ 291, note 3); la novation est, pour ainsi dire, la *datio in solutum* d'une créance.

[2] La remise de la dette peut se faire par pure libéralité (Fr. 17, D., *de donationibus* 39, 5. — L. 2, C., *de acceptilationibus* 8, 44, et ci-dessus, § 253, notes 1. 2; § 255, note 4), et c'est à cette hypothèse que nous faisons allusion dans la phrase de notre texte. Mais nous pouvons aussi faire remise en vue d'exécuter une obligation qui nous incombe, en échange d'une prestation reçue ou à recevoir ou d'une libération à obtenir, enfin à un titre onéreux quelconque. Fr. 5, § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. — Fr. 9, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 41, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3. *Voy.* aussi ci-après, note 10, et ci-dessus, § 243, note 26; § 276, note 13; § 277, note 5.

[3] Fr. 100, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Omnia quæ iure contrahuntur, contrario iure pereunt. » — Fr. 153, D., *eodem.* « Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur : cum, quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore, potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. » — Fr. 35, D., *eodem.* « Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur ; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. » — Fr. 80. 107, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 8, § 3. 5, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[4] A plus forte raison dans les simples pactes. Fr. 95, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3.

[5] Les commentateurs ont l'habitude de dire *mutuus dissensus* *.

[6] Il y a dès lors remise de part et d'autre, on pourrait dire remise synallagmatique si le mot ἄλλαγμα le permettait.

[7] § 4, I., *quibus modis obl. tollitur* 3, 29. — Fr. 7, § 6, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 58, D., *eo-*

II. La chose n'était pas plus difficile dans les *obligationes verbis* ou *litteris contractæ :* elles se défaisaient comme elles étaient nées, par la parole ou par l'écriture. Nous avons vu ci-dessus, § 247, que l'extinction d'une dette contractée par l'écriture pouvait s'opérer par l'écriture faite dans un sens contraire. De même qu'on créait la dette dans le registre domestique, en portant la somme comme prêtée, *expensum* — de là *expensilatio* —, de même on l'éteignait en portant la somme comme remboursée ou reçue, *acceptum;* de là *acceptilatio* [8]. On procédait d'une manière identique quand il s'agissait d'éteindre une obligation verbale. Le débiteur, auquel remise devait être faite, demandait au créancier : « Ce que je vous dois, en vertu de telle stipulation, le tenez-vous pour reçu, *acceptum habes?* » Le créancier répondait : « Je le tiens pour reçu, *acceptum habeo* [9]. » Cette opération qui se présentait, comme dans l'hypothèse précédente, sous la forme d'un payement imaginaire, s'appelait également *acceptilatio* [10]. C'est même exclusivement à ce mode d'extinction par la parole que le mot *acceptilatio* se trouve appliqué dans les ouvrages de droit qui sont parvenus jusqu'à nous.

dem. « ... Nec quidquam interest, utrum integris omnibus in quæ obligati essemus, conveniret *ut ab eo negotio discederetur*, an in integrum restitutis his, quæ ego tibi præstitissem, consentiremus *ne quid tu mihi eo nomine præstares....* » — Fr. 72, pr. in f. D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 2. 3. 5, § 1, D., *de rescind. venditione* 18, 5. — Fr. 80 in f. Fr. 95, § 12, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 35, D., *de regulis iuris,* ci-dessus, note 3. — L. 1, C., *quando liceat ab emtione discedere* 4, 45. « Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest : etenim quod consensu contractum est, contrariæ voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque, priori similis, retro agens venditionem intercesserit. » — L. 2, C., *eodem.* — Cf. Fr. 5, pr. D., *de rescind. venditione* 18, 5; Fr. 23, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[8] L'acceptilation dans les *codices accepti et expensi* produisait-elle le même effet que l'acceptilation qui se fait sous la forme *verbale,* celui d'éteindre la dette *ipso iure ?* On pourrait en douter, d'abord parce que Gaius ne parle pas de l'*acceptilatio* qui se fait *litteris;* ensuite, parce que la simple *expensilatio* ne créait pas d'obligation (ci-dessus, § 247, notes 11-17). Mais le silence de Gaius n'est pas décisif pour les temps antérieurs; et, quant au second argument, on peut fort bien imaginer une acceptilation *avec transcription.* Quoi qu'il en soit, il est plus que probable que les mots *acceptum ferre, acceptilatio* doivent leur origine au contrat littéral, et nous avons cru devoir d'autant plus mentionner cette application, que cet exposé sert à montrer clairement la parfaite analogie qui existe entre l'obligation littérale et l'obligation verbale, dérivant l'une et l'autre des opérations matérielles du prêt et du payement *per æs et libram. Voy.* ci-dessus, t. I, § 33, notes 1-6, et t. II, § 245, notes 1-5; § 247, notes 8. 9. 14 19.

[9] Gaius, III, 169-172. — § 1, I., *quibus modis obl. toll.* 3, 29. D'autres expressions équipollentes : *acceptum ferre; habere acceptumque ferre; acceptum facere; accepto liberare,* se trouvent aux § 2, I., *eodem.* — Fr. 6. 7. 8, pr. § 4, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Fr. 7, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3.

[10] Payement imaginaire, *solutio imaginaria.* Gaius, III, 169. — § 1, I., *cité.* Rien ne s'oppose, au reste, à ce que l'*acceptilatio* se fasse ensuite d'un payement réel. Fr. 19, § 1, D., *de acceptil.* 46, 4. L'origine de notre institution est même, sans aucun doute, un payement réel et matériel, qui se faisait originairement, comme toute remise d'argent monnayé, au moyen du pesage *per æs et libram,* et qui était suivi de la quittance donnée oralement (*expensilatio, acceptilatio*). Cf. Cic., *de leg.* II, 20. 21. Tite-Live, V, 48 in f. Par la suite, le pesage disparut; la quittance orale resta

Le même procédé n'était pas praticable dans les obligations contractées par la prestation d'une chose, *obligationes re contractæ*, et encore moins dans celles qui étaient nées d'un délit. Pour arriver à l'extinction de ces obligations par la remise de la dette, il fallait se servir d'un détour. Le jurisconsulte C. Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, inventa une formule qui fut appelée d'après lui *stipulatio Aquiliana*, et par laquelle les parties opéraient une novation en changeant en obligation verbale soit tous les rapports obligatoires qui existaient entre elles, soit tel rapport déterminé qu'il leur plaisait de nover[11]. Rien n'était alors plus facile que d'éteindre, au moyen de l'*acceptilatio*, la dette transformée en obligation verbale [12]. Ainsi, comme la stipulation est devenue le mode général de donner force civilement obligatoire à toute dette unilatérale, l'acceptilation peut servir [13] à faire remise ou à donner quittance d'une dette quelconque [14] et surtout quittance pour tout solde [15].

Pour être valable, l'acceptilation exige dans un sens inverse les mêmes conditions que la stipulation [16], avec cette nuance qu'elle n'admet ni con-

seule, absolument comme nous l'avons vu ci-dessus, en traitant de la stipulation, § 245. C'est ce qui explique pourquoi l'opération *per æs et libram* se trouve encore, du temps de Gaius, dans certains cas où il s'agit de faire remise d'une dette qui n'a pas été créée *solis verbis*. Dans ces espèces, la formalité ressemblait encore à celle de la *mancipatio* et du *nexum*. « Per æs et libram... adhibentur non minus quam quinque testes et libripens... deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur : QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE....SOLVO LIBEROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA; HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM... Deinde asse percutit libram, eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa. » GAIUS, III, 173-175.

[11] Souvent, en effet, la *stipulatio Aquiliana* ne servait qu'à opérer novation (PAUL, I, 1, 3. — Fr. 2. Fr. 9, § 2. Fr. 15, D., *de transact.* 2, 15. — L. 3, C., *eodem* 2, 4); mais elle parait avoir été plus usitée quand il s'agissait de faire remise d'une dette contractée autrement que *verbis*. *Voy.* la formule à la note suivante.

[12] GAIUS, III, 170. — § 2, I., *quibus modis obl. toll.* 3, 29. « Est prodita stipulatio quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est : QUIDQUID TE MIHI EX QUACUMQUE CAUSA DARE FACERE OPORTET, OPORTEBIT, PRÆSENS IN DIEMVE, QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM ACTIO, QUÆQUE ABS TE PETITIO VEL ADVERSUS TE PERSECUTIO EST ERITVE, QUODVE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDESVE, DOLOVE MALO FECISTI, QUO MINUS POSSIDEAS, QUANTI QUÆQUE EARUM RERUM RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST AULUS AGERIUS, SPOPONDIT NUMERIUS NEGIDIUS. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium : QUIDQUID TIBI HODIERNO DIE PER AQUILIANAM STIPULATIONEM SPOPONDI, ID OMNE HABESNE ACCEPTUM? Respondit Aulus Agerius : HABEO, ACCEPTUMQUE TULI. » — *Consult. veteris icti*, IX, 9. — Fr. 2. 4. 5, D., *de transact.* 2, 15. — Fr. 38, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 13, § 10. Fr. 18, D., *de acceptil.* 46, 4. — L. 4. 15. 32. 40, C., *de transact.* 2, 4. — L. 2. 3, C., *de acceptilationibus* 8, 44.

[13] Dans l'origine exclusivement quiritaire, elle finit par devenir *iuris gentium*. Fr. 8, § 4, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 245, notes 10. 15.

[14] Même d'une obligation bilatérale. Fr. 5, pr. D., *de rescind. vend.* 18, 5. — Fr. 23, D., *de acceptil.* 46, 4.

[15] *Voy.* la formule du § 2, I., *quibus modis obligatio tollitur*, transcrite ci-dessus à la note 12.

[16] Si elle ne réunit pas toutes les conditions, elle peut, le cas échéant, valoir comme simple pacte *ne petatur*. Fr. 8, pr. Fr. 19, pr. Fr. 23, D., *de acceptil.* 46, 4. — Fr. 27, § 9, D., *de*

dition ni terme [17]. Elle a pour effet d'éteindre *ipso iure* la dette avec tous les accessoires; elle anéantit la dette corréale pour tous les *correi* [18]. L'acceptilation faite avec le débiteur libère également la caution, de même que l'acceptilation donnée à la caution profite au débiteur principal [19].

III. En combinant ce qui précède avec ce que nous avons dit ci-dessus de la force obligatoire des conventions en droit romain, on se fera une idée exacte de l'effet que doit produire la remise ou décharge accordée par simple convention. Le *nudum pactum*, insuffisant pour créer une obligation, ne peut pas davantage dissoudre civilement un lien obligatoire existant [20]. La créance continue de subsister *nudo iure Quiritium* (pour nous servir d'une expression consacrée en matière de propriété) [21]; mais elle est frappée d'inanité *ope exceptionis,* et dépourvue de toute efficacité réelle [22].

La remise ou décharge conventionnelle n'est assujettie à aucune formalité : elle peut être accordée oralement, par écrit, en termes exprès ou tacitement [23]. Le créancier qui détruit ou cancelle le titre de l'obligation ou qui le restitue volontairement au débiteur est présumé faire remise

pactis 2, 14. — Fr. 5, pr. D., *de rescind. venditione* 18, 5. « .... Acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet. » — Cf. ci-après, note 23.

[17] Fr. 4. 5, D., *h. t.* — Fr. 177, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. Fr. 36. 37. 43, pr. D., *de iure dotium* 23, 3, et ci-après, t. III, § 310 *in fine*.

[18] Gaius, III, 169. — § 1, I., *quibus modis obligatio tollitur* 3, 29. — Fr. 11, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 7, § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. « ..... Acceptilatio solutioni comparatur. » — Fr. 43. 49. 107, D., *de solut.* 46, 3. — Fr. 1. 5. Fr. 13, § 7. 12. Fr. 16. 23, D., *de acceptil.* 46, 4.

[19] Fr. 13, § 7, D., *de acceptilatione* 46, 4.

[20] Mais il détruit *ipso iure* les obligations purement naturelles (Fr. 95, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3), et il peut suffire pour dissoudre le lien obligatoire résultant d'un contrat consensuel. Fr. 27, § 2, *verbis* Idem dicemus D., *de pactis* 2, 14. Cf. ci-dessus, notes 3-6, et ci-après, note 41.

[21] C'est ce qu'exprime le § 3, I., *de exceptionibus* 4, 13, en disant : « non *omnimodo* dissolvuntur ». Exceptionnellement cependant le simple pacte suffisait pour éteindre *ipso iure* les actions pénales résultant des délits de vol et d'injures. Fr. 17, § 1. Fr. 27, § 3, D., *de pactis* 2, 14. Cf. Fr. 7, pr. D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 54, § 5, D., *de furtis* 47, 2. — L. 13, C., *eodem* 6, 2.

[22] *A*) Gaius, III, 116 in f. 119 a. — § 3, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 7, § 4, D., *de pactis* 2, 14. — *B*) Conformément au principe énoncé par Paul. Fr. 55, D., *de verb. signif.* 50, 16 (« Creditor autem is est qui exceptione perpetua submoveri non potest »), la remise ou décharge conventionnelle, quoique n'agissant que *ope exceptionis,* frappe d'inanité l'obligation à laquelle elle se rapporte, jusques et y compris l'élément naturel, ainsi que les droits accessoires qui y peuvent être attachés, à tel point qu'il y a lieu de répéter par la *condictio indebiti* ce qui, par erreur, aurait été payé en exécution de la dette remise. § 9, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 3, D., *eodem* 44, 1. — Fr. 3, pr. D., *de rescind. vendit.* 18, 5. — Fr. 5, pr. D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — Fr. 95, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 22, § 1. Fr. 40, D., *de condict. indebiti* 12, 6. *Voy.* encore ci après, notes 33-44.

[23] Fr. 2, D., *de pactis* 2, 14. « ..... Sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, *ne peterem :* profuturamque

de la dette [24]. La même présomption peut résulter de l'engagement que nous prenons de ne pas poursuivre en justice l'exécution de notre créance, engagement que les jurisconsultes modernes appellent *pactum de non petendo* * et qui figure dans nos sources sous différents noms : *pactum ne petatur*, *pactum conventum;* aussi *pactum* ou *conventio* tout court [25]. Ce pacte, qui était fort en usage à Rome, n'implique pas, à la vérité, toujours nécessairement libération de la dette, mais ce résultat peut avoir été dans l'intention des parties; et c'est à cette diversité d'intention que se rapporte la division romaine en *pacta in personam* et *pacta in rem* [26].

Le pacte est appelé *in personam* quand l'engagement ne concerne que la personne ou les personnes nominativement désignées [27]. Pareil pacte n'entraîne point libération de la dette; il forme uniquement obstacle à ce que l'exécution de l'obligation soit poursuivie par ou contre la personne nominativement désignée. Il est sans effet à l'égard des héritiers de cette personne [28]; moins encore peut-il être invoqué par des tiers ou contre eux [29].

On appelle *pactum in rem* celui dont l'effet n'est pas limité à une personne déterminée, mais doit se produire d'une manière générale à l'égard de la créance, telle qu'elle existe entre parties, *res* [30]. Le consentement

ei conventionis exceptionem placuit. » — Fr. 40, pr. D., *eodem*. « Tale pactum : *profiteor te non teneri*, non in personam dirigitur; sed, cum *generale* sit, locum inter heredes quoque litigantes chabebit ». — Fr. 12, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3. — L. 21, C., *de solutionibus* 8, 43, combinée avec L. 13, C., *eodem*, et Fr. 19, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 2.

[24] Fr. 2, in f. D., *de pactis*, à la note précédente. — Fr. 24, D., *de probationibus* 22, 3.

[25] Gaius, III, 119. — § 3, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 2, § 1. Fr. 7, § 7. 13 in f. Fr. 33. 36, D., *de pactis* 2, 14 et *passim*.

[26] Fr. 7, § 8, D., *de pactis* 2, 14. « Pactorum quædam *in rem* sunt, quædam *in personam*. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, *ne petam* : in personam, quotiens ne a persona petam, id est, *ne a Lucio Titio petam*. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium æstimandum est. Plerumque enim, ut et Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est. » Le pacte peut être *in rem* ou *in personam* du côté de chacune des deux parties : *ex altera parte in rem, ex altera in personam* (comme dit le Fr. 57, § 1, D., *de pactis* 2, 14) ou bien *ex utraque parte in rem vel in personam*.

[27] Formules : *Ne a Titio petam; ne a se petatur* (*sed ut ab herede petatur*); *ut dumtaxat a reo non petatur* (*a fideiussore petatur*); *ne ipse peteret*, etc. Fr. 7, § 8. Fr. 17, § 3. Fr. 22. Fr. 28, § 2, D., *de pactis* 2, 14. Mais *voy.* la fin du Fr. 7, § 8, D., cité à la note précédente, et ci-après, note 46.

[28] Fr. 17, § 3. Fr. 21, pr. Fr. 25, § 1. Fr. 57, § 1, D., *de pactis* 2, 14.

[29] *Correi stipulandi* et *promittendi*, cautions, tiers possesseurs du gage. Fr. 22. 25, § 1, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 5, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — Fr. 3, § 3. Fr. 5, pr. § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3, et ci-après, t. III, § 434, A *in fine*.

[30] In rem est tout simplement synonyme de generaliter, en opposition à la locution in personam qui indique la limitation à une personne déterminée. *Voy.* t. I, § 50, note 2. Le pacte qui n'est pas conçu *in personam* est donc présumé être *in rem;* encore faut-il tenir compte de ce que dit Paul, au Fr. 7, § 8, D., *de pactis* 2, 14. « ... Plerumque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est. » Cf. notes 26 et 43.

à un pacte de cette nature implique naturellement (à moins qu'il n'y ait des restrictions particulières [31]) l'intention d'enlever à la créance dont il s'agit toute efficacité entre parties, les héritiers compris, et c'est aussi dans ce sens qu'il est interprété par les Romains [32], qui lui attribuent tous les effets d'une remise ou décharge conventionnelle [33]. Mais il va sans dire que le pacte n'agit qu'entre les parties contractantes et qu'il ne peut être opposé à des tiers ni invoqué par des tiers [34]. Ainsi le pacte consenti par un *correus stipulandi* ne peut être opposé aux autres *correi* qui y sont étrangers [35], et le débiteur principal (pas plus qu'un cofidéjusseur) ne peut se prévaloir de la remise accordée à la caution [36]. Par contre aussi, le codébiteur solidaire ne peut se prévaloir du pacte que le créancier aurait consenti en faveur d'un autre *correus* [37]. Quelques décisions de nos sources semblent déroger à cette règle, qui est rigoureusement conforme aux principes; mais les exceptions qu'elles paraissent consacrer ne sont qu'apparentes. Il peut se faire, en effet, d'une part que

[31] Par exemple : *ne petatur intra certum tempus, intra quinquennium.* § 10, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 3, pr. D., *eodem* 44, 1. — Fr. 27, § 1. Fr. 28, pr. D., *de pactis* 2, 14. C'est sous cette forme que le *pactum ne petatur* peut encore, sous l'empire du Code Napoléon, être utilement employé pour échapper à l'application de la disposition irréfléchie de l'article 1285 dudit Code : « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. »

[32] Conformément au Fr. 55, D., *de verborum signif.* 50, 16, ci-dessus, note 22. Aussi la L. 5, C., *de remissione pignoris* 8, 25, se sert-elle des mots « ... Debitum... remisisti... »

[33] *Voy.* ci-dessus, note 22.

[34] En vertu du principe fondamental d'après lequel *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, comme le dit Paul. Fr. 27, § 1. D., *de pactis*, ci-après, note 40 : « non sic enim *illi per liberam personam adquiri...* » Cf. Fr. 17, § 2, D., *eodem.* « Si pactus sim, *ne a me neve a Titio petatur*, non proderit Titio... » — Fr. 3, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3. — Fr. 9, § 1, D., *de duobus reis* 45, 2. — Mais il ne faut pas perdre de vue : 1° que le *paterfamilias* n'est pas un tiers à l'égard des pactes conclus par les personnes soumises à sa puissance, quand elles agissent pour acquérir; 2° que le cessionnaire d'une créance agit *ex iure cesso*, et fait par conséquent valoir les droits de son cédant, ce qui s'applique non-seulement aux actions directes, mais aussi aux *actiones utiles, quasi ex iure cesso.* Fr. 10, § 2. Fr. 11-16. Fr. 19, § 1. Fr. 20. Fr. 21, § 1. 2. 3. 4, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 17, § 5, D., *eodem.* « Pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur, secundum plurium sententiam et emtori prodest : et hoc iure nos uti. Pomponius scribit. Secundum Sabini autem sententiam, etiamsi in personam conceptum est, et in emtorem valet : qui hoc esse existimat, etsi per donationem successio facta sit. » Cf. ci-dessus, § 206, note 10.

[35] Fr. 27, pr. D., *de pactis* 2, 14. Cf. ci-dessus, § 294, note 5. — Cf. Fr. 9, § 1, D., *de duobus reis* 45, 2. — Fr. 93, pr. D., *de solutionibus* 46, 3.

[36] Fr. 23, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 32, § 1, D., *de condictione indebiti* 12, 6. A moins que l'intercession ne soit simulée (la dette ayant été, en réalité, contractée au profit du fidéjusseur apparent), ou que, pour une autre raison quelconque, le fidéjusseur soit exposé à un recours de la part de ses cofidéjusseurs ou du débiteur principal. Fr. 24. 25. 26, D., *de pactis* 2, 14. Cf. les notes 42. 43, et ci-dessus, § 263, note 39.

[37] Fr. 34, § 11, D., *de solutionibus* 46, 3, et ci-après, les notes 36. 43.

la convention conclue avec un cocréancier solidaire donne un avantage au débiteur vis-à-vis des autres créanciers [38], et d'autre part que la caution et les codébiteurs solidaires profitent de la remise conventionnelle à laquelle ils n'ont point concouru [39]. Mais cet effet, quand il se produit, est purement accidentel : il n'a lieu que par la raison que, sans cela, le pacte se trouverait privé d'efficacité à l'égard de la partie en faveur de laquelle il a été consenti [40]. Ainsi le fidéjusseur profite régulièrement [41] du pacte fait en faveur du débiteur principal, puisque sans cela celui-ci serait exposé à rembourser à la caution la dette dont il avait obtenu remise [42]. C'est pour le même motif que le débiteur solidaire peut se prévaloir du pacte, lorsqu'il existe entre les codébiteurs des rapports qui donneraient à celui qui est poursuivi un recours contre celui en faveur duquel le pacte a été conclu [43].

[38] Fr 34, pr. D., *de receptis* 4, 8.—Fr. 14, D., *ratam rem haberi* 46, 8. Cf. Fr. 1, D., *eodem.*

[39] *Voy.* ci-après, notes 42. 43.

[40] Fr. 21, § 5, D., *de pactis* 2, 14. « In his, qui eiusdem pecuniæ exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniæ debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio? quæritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, interfuit : itaque debitoris conventio fideiussori proderit. » Fr. 22. D., *eodem.* « Nisi hoc actum est : *Ut dumtaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur;* tunc enim fideiussor exceptione non utetur. » Fr. 23, D., *eodem.* « Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Imo nec cofideiussoribus proderit : neque enim quoquo modo cuiusque interest. Cum alio conventio facta prodest; sed tunc demum, cum per eum cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficiat... » — Fr. 25, § 1. Fr. 26, D., *eodem.*— Fr. 27, § 1, D., *eodem.* « ... Ego didici prodesse fideiussori exceptionem; non sic enim ILLI per liberam personam ADQUIRI, quam IPSI, QUI PACTUS SIT, CONSULI videmur : quo iure utimur. » — Fr. 32, D., *eodem.* « Quod dictum est, *si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem* : propter REI personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur... » — Les Fr. 3, § 3. Fr. 5, pr. § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3, contiennent une démonstration pratique, fort intéressante, de la considération énoncée dans les textes qui précèdent. Cf. ci-après, t. III, § 434, A *in fine.*

[41] Sauf convention contraire (Fr. 22, D., *de pactis* 2, 14) et à moins que le cautionnement n'ait eu lieu *donandi animo* ou qu'il n'y ait interversion des rôles attribués aux parties, la dette ayant été *réellement* contractée en faveur de la personne qui *figure* dans l'opération comme fidéjusseur. Fr. 24. 32, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 7, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6. — Fr. 5, pr. § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. *Voy.* ci-dessus, § 265, note 39.

[42] Dès lors, en effet, le créancier qui poursuivrait la caution agirait *dolo* et serait repoussé par l'exception de dol. § 4, I., *de replicat.* 4, 14. Cf. Fr. 21, § 1. Fr. 22. 32, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 29, D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 2, pr. Fr. 5, pr. D., *de liberatione legata* 34. 3. — Fr. 7, § 1, D., *de except.* 44, 1. — Fr. 1, § 8. D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5. — L. 11. C., *de exceptionibus* 8, 36. — Il va sans dire que les cofidéjusseurs profitent aussi du pacte consenti en faveur de leur *correus* s'ils ont à exercer un recours contre lui (Arg. Fr. 23. 26. D., *de pactis* 2, 14); mais ceci appartient plutôt à l'ordre d'idées dont il sera parlé à la note suivante. — *Voy.* aussi ci-dessus, § 265, notes 11-13.

[43] Fr. 21, § 5. Fr. 23 in f. Fr. 25, pr. Fr. 26, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 3, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3. *Voy.* ci-après, t. III, § 434. A *in fine.* — Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de duobus reis* 45. 2. Quelle que soit la part pour laquelle le recours peut être exercé, le *correus* poursuivi a la faculté de se prévaloir du pacte *dans toute son étendue;* car autrement celui en faveur duquel le pacte a été conclu serait toujours exposé à une poursuite

Nous croyons inutile d'insister sur ce que : 1° l'on peut ajouter au *pactum de non petendo* une *stipulatio pœnæ* qui produit les effets ordinaires de la clause pénale [44]; 2° que l'effet d'un pacte, qui n'a pas éteint *ipso iure* l'obligation à laquelle il se rapporte, peut être détruit par une convention ultérieure conçue dans le sens contraire, *pactum ut petatur* [45].

La question de savoir si, dans un cas donné, le *pactum ne petatur* est *in rem* ou *in personam* doit se décider d'après la teneur de la convention et conformément à l'intention des parties; dans le doute, la présomption est pour le *pactum in rem* [46].

DES TRANSACTIONS †.

§ 296.

Transiger, dans le sens technique, signifie terminer une affaire douteuse ou litigieuse, au moyen d'une convention par laquelle l'une des parties renonce à un droit moyennant une renonciation analogue ou une prestation quelconque à faire par l'autre partie [1]. Quand le droit auquel on renonce est un droit d'obligation, la transaction a donc pour but d'éteindre la créance, et c'est à ce titre que nous avons à nous en occuper ici [2].

partielle. Or, il lui a été promis NE PETATUR. Fr. 3, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3. « .... alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor. » Cf. Fr. 5, pr. D., *eodem.* « ... alioquin si fideiussorem cœperit convenire, alia ratione reus conveniatur. »

[44] Fr. 10, § 1, D., *de pactis* 2, 14. « Si pacto subiecta sit pœnæ stipulatio, quæritur, utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, prout elegerit qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione utatur, æquum erit accepto eum stipulationem ferre. » *Voy.* ci-dessus, § 258, notes 3. 19 sq.

[45] GAIUS, IV, 126. — Pr. I., *de replicationibus* 4, 14. — Fr. 27, § 2. Fr. 55, D., *de pactis* 2, 14.

[46] Fr. 7, § 8, D., *de pactis* 2, 8, ci-dessus, notes 26 et 30. — Fr. 9, D., *de probationibus* 22, 3. — Arg. § 3, I., *de exceptionibus* 4, 13. « ... Debitor, si pactus fuerit cum creditore *ne a se peteretur*... quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur... » — § 4, I., *de replicationibus* 4, 14. — Fr. 21 in f. Fr. 22, D., *de pactis* 2, 14.

† Tit. D., *de transactionibus* 2, 15. — Tit. C., *eodem* 2, 4.

[1] Quelle que soit la nature du droit : DROITS PERSONNELS. L. 10. 43, C., *h. t.* DROITS D'OBLIGATION. L 1. 3. 4, C., *eodem.* DROITS RÉELS ET D'HÉRÉDITÉ. Fr. 3, pr. Fr. 14, D., *eodem;* L. 2. 6. 9. 10. 11. 15. 33, C., *eodem.*

[2] *Voy.* les textes cités dans les notes suivantes. Nous trouvons comme termes synonymes PACISCI et DECIDERE (Fr. 44, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 46, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 3, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — L. 19. 33, C., *h. t.* et *passim.* — Fr. 7, pr. D., *de condict. furtiva* 13, 1. « Si pro fure damnum decisum sit .. *decisione* furti quidem actio, non autem condictio tollitur. »). Il est vrai qu'ULPIEN, Fr. 1, D., *h. t.,* semble établir une distinction entre *pacisci* et *transigere:* « Qui *transigit,* quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero *paciscitur,* donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. » Mais cette distinction est arbitraire, pour ne pas dire inexacte : les deux expressions sont indifféremment employées l'une pour l'autre. PAUL, I, 1, 5. — Fr. 2. 8, § 24. Fr. 9, § 2. 3, D., *h. t.* et *passim.* Toute transaction renferme d'ailleurs implicitement un *pactum ne petatur* (ci-après, note 20) et le texte de la loi des Douze Tables se sert déjà du mot *pacisci* pour désigner les transactions

La transaction exige comme conditions spéciales : 1° L'affaire à terminer doit être litigieuse ou au moins douteuse, quel que soit d'ailleurs le degré de probabilité des droits respectifs des contractants [3]. On ne peut transiger sur un procès qui est irrévocablement terminé, à moins qu'il n'y ait entre les parties doute sur l'existence même du jugement qui l'avait terminé [4]. — 2° Il faut que chaque partie fasse un sacrifice, soit que l'une et l'autre renoncent à une partie des droits qu'elles croient leur appartenir respectivement, soit que l'une d'elles seulement renonce et que l'autre s'engage à faire une autre prestation en échange. Une renonciation sans récompense constituerait une libéralité et non pas une transaction [5]. — Il va sans dire que les personnes qui transigent doivent être capables de faire l'opération dont il s'agit [6], et que l'objet de la transaction doit être tel, que les parties puissent en disposer. Un texte particulier de nos sources semble s'opposer à ce que l'on transige sur l'hérédité d'un défunt qui a laissé un testament, avant qu'il ait été procédé à l'ouverture de ce testament [7]. Une constitution de Marc-Aurèle exige certaines conditions spéciales, et notamment l'autorisation du magistrat, dans les transactions qui ont pour objet des aliments, laissés par une disposition de dernière volonté [8]. — La violence et le dol produisent dans les transactions les mêmes effets que dans les autres conventions [9]. Il faut en dire autant de l'erreur et de l'ignorance. L'erreur qui tombe sur un élément essentiel, à l'égard duquel il n'y avait aucun doute dans l'esprit

entre plaideurs. Cic., *ad Herennium*, II, 13. « Rem ubi pagunt, orato. » — Aulu-Gelle, XVII, 2. « Ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam conficito, quom perorant ambo præsentes. » — Le même, XX, 1. « Erat autem (addictis) ius interea paciscendi : ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta... » — Le même, *ibidem*. « Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. » — Fr. 7, § 14, D., *de pactis* 2, 14. « ... Nam et de furto pacisci Lex permittit. » Cf. ci-dessus, § 295, note 19 et § 269, note 40.

[3] *Consult. veteris icti*, IV, 2; IX, 14. — Fr. 1, D., *h. t.*, ci-dessus, note 2. — L. 12, C., *eodem*. — *A*) Paul, I, 1, 5, à la note suivante. — Fr. 1, D., *cité*. — Fr. 65, § 1, D., *de cond. indebiti* 12, 6. — L. 2. 6. 12. 17, C., *h. t.* — *B*) *Consult. veteris icti*, IX, 18. — Fr. 8, D., *h. t.* — L. 11, C., *eodem*. — L. 1. 16, C., *de pactis* 2, 3.

[4] Paul, I, 1, 5. « De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus. Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet. » — *Consult. veteris icti*, IV, 5. 6. 11; VII, 6; IX, 1. 8. 11. 14. 15. 16. — Fr. 7. 11, D., *h. t.* — Fr. 23, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — *Codex Greg.* I, 10, 2. 3; I, 11, 1-4. — *Codex Herm.* IV, 3. — L. 2, Th. C., *de pactis et transact.* 2, 9. — L. 3, I. C., *h. t.*

[5] (L. 3 in f. C., *de repudianda hereditate* 6, 31) L. 38, C., *h. t.* « Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit. »

[6] *Voy.*, pour le *procurator omnium bonorum*, ci-dessus, § 220, note 15, et pour les tuteurs et curateurs, ci-après, t. III, § 347.

[7] Fr. 6, D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 1, D., *testamenta quemadmodum aperiantur* 29, 3.

[8] Fr. 8, D., *h. t.* « Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico præsenti : Divus Marcus effecit *rel.* » — L. 8, C., *eodem*. — Cf. Fr. 23, § 2, D., *de condictione ndebiti* 12, 6.

[9] *Consult. veteris icti*, IX, 3. — Fr. 9, § 2, D., *h. t.* — Fr. 65, § 1, D., *de condictione indebiti* 12, 6. — L. 4. 9. 13. 19. 30, C., *h. t.*

des parties, est exclusive de consentement et annule par conséquent la transaction [10]; mais il n'en serait pas de même de l'erreur dans laquelle verserait l'une ou l'autre des parties relativement aux droits sur lesquels on pactise et à l'incertitude desquels la transaction a précisément pour but de mettre fin [11].

La transaction fait loi entre les parties relativement à ce qui en est l'objet [12]. Quand elle se rapporte à une question contentieuse, elle met fin à la contestation, et, sous ce rapport, elle peut être comparée à la chose jugée et au serment décisoire [13]. Spécialement, en ce qui concerne notre matière, elle éteint les droits auxquels les parties contractantes ont renoncé dans l'acte [14]. — L'obligation de garantie en matière de transaction est déterminée par la nature des prestations que les parties s'imposent, conformément à ce que nous avons dit, en traitant du payement [15]. Si l'une des parties renonce simplement à la chose litigieuse, il est évident qu'aucune garantie ne lui incombe par rapport à cette chose [16].

Tel est l'effet général de la transaction [17]; mais, en droit romain, il

[10] Fr. 36, in f. D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. « Cum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset... Non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. » — L. 42, C., *h. t.* « Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initæ fuerint, quamvis iusiurandum de his interpositum sit, etiam civiliter falso relevato eas retractari præcipimus... nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur. » — Cf. Fr. 3, § 1. Fr. 12, D., *h. t.* — Fr. 56, § 1, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Quant à l'erreur sur la personne, *voy.* Fr. 36, D., *cité;* Fr. 3, § 2, D., *h. t.* et ci-dessus, § 201, note 11.

[11] Fr. 12, D., *h. t.* — L. 2. 19. 29, C., *eodem.* — Fr. 65, § 1, D., *de cond. indeb.* 12, 6. — Arg. Fr. 78, § 16, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — C'est en tenant compte de la distinction que nous venons d'établir que l'on comprendra la L. un. C., *de errore calculi* 2, 5.

[12] Fr. 9, § 1. 3, D., *h. t.* — L. 31, C., *eodem.* — La violation d'une transaction confirmée par serment entraîne l'infamie. L. 41, C., *h. t.*

[13] L. 16. 20, C , *h. t.* — Cette comparaison, au reste, ne doit pas être prise à la lettre. Nous n'avons pas besoin d'insister sur les différences qui existent entre les éléments constitutifs des trois institutions. Quant aux effets, nous renvoyons au t. 1, § 68, III; § 69, et à ce que nous dirons ci-après, § 298, notes 14-19.

[14] L. 15. 16. 39. 41, C., *h. t. Voy.* encore ci-après, les notes 17 et suivantes.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 288, notes 15. 25; § 289, notes 2. 3, et les renvois faits, à ces endroits, aux matières de la cession, de la stipulation et du contrat d'échange. Le seul passage de nos sources qui touche notre question, traite d'une *obligatio dandi* et accorde l'action résultant de la stipulation faite ou bien l'*actio præscriptis verbis.* L. 33, C., *h. t.* « Si pro fundo quem petebas, *prædium certis finibus liberum dari* transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis XXV fuisti, licet hoc prædium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum : instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane, si *placita servari* secuta est; vel, si non intercessit, præscriptis verbis actione civili subdita, apud Rectorem provinciæ agere potes. Si tamen *rel.* » *Voy.*, pour l'*actio ex stipulatu,* ci-après, note 19 et pour l'*actio præscriptis verbis,* ci-après, note 21.

[16] L. 33, C., *citée* à la note précédente. « ... Si tamen *res ipsas* apud te constitutas, *ob quarum quæstionem litis intercessit decisio,* fiscus vel alius a te vindicavit, nihil petere potes. » Inutile de dire qu'il en serait autrement si l'opération qui se présente sous l'apparence d'une transaction constituait en réalité une vente ou un échange. Cf. Pothier, *Traité de la vente,* nos 646. 647.

[17] La L. 41, C., *h. t.*, édicte des peines particulières contre celui qui violerait la transaction, confirmée par serment.

importe encore de déterminer la manière dont les parties réalisent ces effets. Tant qu'à cette fin il n'est besoin que d'un moyen de défense, l'*exceptio doli* suffit pour nous protéger contre toute attaque qui irait à l'encontre de la transaction [18]. Mais, quand il s'agit de faire valoir nos droits d'une manière agressive, la nature des moyens à employer varie selon la forme dont les parties ont revêtu la transaction. — Le mode le plus énergique était certes le contrat verbal, qui faisait naître l'*actio ex stipulatu* en exécution de l'arrangement convenu [19]. — Cependant la forme la plus usitée de la transaction chez les Romains était le simple pacte, qui, sans donner une action, pouvait avoir de l'efficacité de plusieurs manières [20]. D'abord, chaque partie était libre de donner au pacte le caractère d'un contrat réel, en exécutant de son côté ; ce qui procurait l'*actio præscriptis verbis*, afin de poursuivre contre l'adversaire la prestation convenue, ou bien la *condictio causa data causa non secuta*, en répétition de ce qui avait été donné, pour le cas où la partie adverse agirait contrairement à la transaction [21].—Un autre moyen fort usité de donner, au moins indirectement, de l'efficacité au pacte transactionnel, consistait à y joindre une *stipulatio pœnæ* [22]. Nous avons exposé, au § 258, les effets d'une pareille stipulation avec assez de développements pour être dispensé d'entrer ici dans des détails ; nous pouvons nous borner à rappeler que, dans cette matière, les Romains ajoutaient fréquemment aux stipulations pénales la convention particulière que la partie contrevenante serait tenue de payer la peine, tout en restant soumise à l'obligation résultant de la transaction, *rato manente pacto*, *manente transactionis placito* [23].—Enfin, après une transaction faite par simple pacte, la partie qui a fait une renonciation peut, si elle n'obtient point de l'adversaire l'exécution de la convention, recourir à l'action originaire à laquelle elle a renoncé, et repousser, au moyen de la *replicatio doli*, l'exception de la transaction que l'adversaire oserait lui opposer [24].

Comme toutes les conventions, la transaction n'agit qu'entre les parties, et ne peut être *opposée* à d'autres personnes qui ont un intérêt dans

[18] Fr. 9, pr. Fr. 16, D., *h. t.* Fr. 23, § 3, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – L. 21, C., *de pactis* 2, 3. – L. 24. 36, C., *h. t.* Cf. L. 28, C., *eodem.*

[19] L. 21, C., *de pactis* 2, 3.– L. 6. 9. 17. 28. 33, C., *h. t.* – Cf. ci-dessus, 257, note 10. — Rappelons l'utilité que la stipulation Aquilienne et l'acceptilation pouvaient avoir dans cette matière. Fr. 2. 4. 5. 9, § 2. Fr. 15, D., *h. t.* – L. 3. 4. 32. 40, C., *eodem.*

[20] *Voy.* les règles générales, ci-dessus, § 257, et surtout § 295, III.

[21] Fr. 23, § 3, D., *de condictione indebiti* 12, 6. – L. 6. 28. 33. 37. 38. 39, C., *h. t.*– Cf, ci-dessus, § 257, notes 3. 4 et § 243.

[22] L. 17. 37, C., *h. t.* *Voy.* ci-dessus, § 258

[23] Fr. 15. 16, D , *h. t.* – Fr. 122 § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. – L. 37, C., *h. t.* -– *Voy.* ci dessus, § 258, note 21.

[24] L. 6. 28. 33, C., *hoc titulo.*

la contestation à l'égard de laquelle l'arrangement est intervenu [25]. La question de savoir si des tiers peuvent tirer profit de la transaction doit être résolue différemment suivant la forme dont les parties ont revêtu leur convention. Ainsi il est évident que les cautions et les codébiteurs solidaires profitent de l'extinction transactionnelle de la dette, lorsqu'elle a été faite par *acceptilatio* [26]; ils auront le même avantage quand la transaction a été faite au moyen d'un *pactum in rem*, pourvu que, dans ce cas, ils aient un recours à exercer contre le débiteur qui a transigé [27]. Des motifs d'équité évidente ont fait créer une disposition particulière par rapport à la transaction conclue sur une hérédité entre deux personnes qui se prétendent, l'une héritier testamentaire, l'autre héritier *ab intestat*. Cette transaction agit vis-à-vis des créanciers et des débiteurs de la succession, tant en leur faveur qu'à leur préjudice, en ce sens qu'ils auront désormais pour débiteurs et créanciers les parties transigeantes dans les proportions établies par la transaction [28].

La transaction peut être résiliée pour les mêmes causes qui donnent lieu à la résiliation des autres conventions [29]. C'est à tort que quelques auteurs soutiennent qu'elle peut encore être rescindée pour cause de lésion d'outre moitié. Nous avons fait connaître ci-dessus, au § 214, les motifs généraux qui s'opposent à l'extension de la rescision pour cause de lésion énorme. La nature particulière de la transaction, dans laquelle il serait presque toujours impossible de déterminer la valeur du droit douteux et celle du sacrifice imposé à chaque partie, ajoute encore à la force de ces arguments. Enfin, deux textes positifs s'opposent formellement à cette extension [30]. Nous ne pouvons pas davantage admettre comme une cause de résiliation la découverte de titres nouveaux qui étaient inconnus au moment de la transaction [31]. Mais il va sans dire que la partie qui ferait pareille découverte pourrait faire valoir les droits dont elle apprendrait ainsi l'existence, en tant qu'ils n'ont pas été éteints par la transaction [32].

[25] Fr. 3, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 7 in f. Fr. 8, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 29, § 2, D., *de inoff. test.* 5, 2. — L. 1, C., *h. t.* — L. 2, C., *inter alios acta vel iudicata aliis non nocere* 7, 61.

[26] *Voy.* ci-dessus, § 292, notes .

[27] Fr. 7, § 1, D., *h. t.* — Fr. 68, § 2, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 1, C., *h. t. Voy.* ci-dessus, § 295, notes 38-43. — Nous ne parlons pas du *pactum in personam*, par la raison qu'il serait difficile d'imaginer un pacte de ce genre, conclu dans l'intention de faire une transaction.

[28] Fr. 14, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, t. I, § 69, note 44, et ci-après, t. III, § 409, c.

[29] Par exemple du chef de dol, de violence, etc. *Voy.* ci-dessus, notes 9 sqq.

[30] Fr. 65, § 11, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 78, § 16, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1.

[31] *Voy.* la L. 19, C., *h. t.*, et ce que nous avons dit ci-dessus, notes 10 et 11, sur l'effet de l'erreur. — Cf. t. I, § 74, nos 7. 8.

[32] Fr. 3, § 1. Fr. 12, D., *hoc titulo.*

DE LA CONFUSION.

§ 297.

Toute obligation supposant deux personnes déterminées, et nul ne pouvant se devoir à lui-même, il est naturel que la confusion, c'est-à-dire la réunion, dans la même personne, de la qualité de créancier et de celle de débiteur de la même obligation ait pour effet d'éteindre la dette *ipso iure* dans la proportion dans laquelle la confusion a lieu [1]. La confusion s'opère le plus souvent par succession héréditaire [2] ; elle peut cependant aussi se faire par suite d'une succession à titre particulier [3]. Si dans une obligation cautionnée le créancier succède au débiteur principal ou *vice versâ*, l'extinction de l'obligation principale met naturellement fin au cautionnement en proportion de la part pour laquelle la succession a lieu [4] ; mais la confusion du créancier et du fidéjusseur, tout en faisant cesser le cautionnement, n'agit point sur l'existence de l'obligation principale [5]. La confusion du créancier et de l'un de plusieurs débiteurs solidaires n'éteint la dette corréale que dans les cas où le débiteur est exposé au recours de ses codébiteurs [6].

Les Romains appliquent le mot *confusio* également aux cas dans lesquels plusieurs obligations, identiques quant à la prestation qui en fait l'objet [7] et ayant originairement reposé sur plusieurs têtes, se réunissent dans la même personne. Comme ces obligations ne peuvent coexister cumulativement, parce que dès lors la prestation serait due plusieurs

[1] Fr. 21, § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. – Fr. 24. 50. 71, pr. D., *de fideiussoribus* 46, 1. – Fr. 75. 95, § 2. Fr. 107, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 7, C., *de pactis* 2, 3. – L. 5. C., *de hereditariis actionibus* 4, 16. — Cf. Fr. 87, § 1, D., *de adquirenda hereditate* 29, 2. – Fr. 58, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.

[2] Fr. 95, § 2, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 7, C., *de pactis* 2, 3. – L. 5, C., *de hereditar. actionibus* 4, 16. — La règle souffre exception quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. L. 22, C., *de iure deliberandi* 6, 30. – *Nov.* 1, c. 2.–*Voy.* ci-après, t. III, § 402.

[3] Exemples : Vente d'une hérédité, cession d'une créance ou d'un ensemble de créances, société universelle, etc. § 6, I., *de noxalibus actionibus* 4, 8. – Fr. 37, D., *eodem* 9, 4. – Fr. 58, § 1, D., *de legatis I* (30). - Fr. 7, § 1, D., *de stipulat. servorum* 45, 3. – Fr. 18. 64, D., *de furtis* 47, 2.

[4] Fr. 21, § 3. Fr. 50, D., *de fideiussoribus* 46, 1. – Cf. Fr. 71, pr. D., *eodem*, et ci-dessus, § 263, note 11.

[5] Fr. 11, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 30, D., *de evictionibus et duplæ stipulatione* 21, 2. – Fr. 21, § 3, *verbis* Quodsi idem D., *de fideiussoribus* 46, 1. – Cf. ci-dessus, § 263, note 11.

[6] Fr. 71, pr. *verbis* Sed cum duo rei D., *de fideiussoribus* 46, 1. « .... Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi *personam*..... igitur alterum reum eiusdem pecuniæ non liberari. » Cf. ci-dessus, § 186, note 22.

[7] C'est-à-dire qu'au fond il n'y a qu'une obligation, mais qui repose tout entière sur plusieurs personnes différentes, comme dans le cas de corréalité et de cautionnement. *Voy.* ci-dessus, § 186, notes 6 et 7, et § 263, notes 1 à 4. Il en est autrement du cas où les prestations dues dans deux

fois, la loi, d'accord avec l'équité, veut que la créance la plus avantageuse absorbe les autres. Si toutes sont également avantageuses, elles subsistent l'une à côté de l'autre; cependant le créancier qui agit en vertu de l'une des obligations épuise naturellement son droit tout entier[8]. C'est ce qui arrive, en thèse générale, quand un créancier ou un débiteur solidaire succède à l'un de ses *correi*[9]; tandis que, dans le cas de confusion de la caution avec le débiteur principal, l'obligation de celui-ci est considérée comme absorbant celle du fidéjusseur[10], à moins que des circonstances particulières ne donnent une plus grande puissance à cette dernière[11].

obligations différentes se rapportent accidentellement au même objet. Dans pareille hypothèse, le changement qui s'opérerait dans les personnes du débiteur ou du créancier n'exercerait aucune influence sur l'existence des obligations. *Voy.* tome I, § 69, notes 25. 26; Fr. 18, D., *de obl. et act.* 44, 7, et Fr. 10, D., *emti* 19, 1.

[8] Fr. 5, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « ..... Nam ubi ALIQUA DIFFERENTIA est obligationum, potest constitui alteram per alteram perimi : cum vero duæ EIUSDEM SINT POTESTATIS, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur... » — Fr. 95, § pr. 2, D., *de solut.* 46, 3. Au § 2 il faut évidemment lire avec la Vulgate et Haloander : *confunditur obligatio*, au lieu de *non confunditur obligatio*, tout en faisant subir un changement diamétralement opposé au § 1 du même fragment. *Voy.* la note suivante.

[9] Fr. 13, D., *de duobus reis* 45, 2. — Fr. 5, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « .... Si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet. Item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit : plane, si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera in iudicium deduceretur, altera consumeretur. » — Fr. 21, § 1, D., *eodem*. — Fr. 95, pr. § 1, D., *de solut.* 46, 3. Dans le § 1 de ce texte, il faut évidemment, avec la Vulgate et Haloander, lire: *non confunditur*, au lieu de *confunditur*, comme le fait le manuscrit de Florence. *Voy.* la note précédente, vers la fin.

[10] Fr. 3, pr. D., *de separationibus* 42, 6. — Fr. 14. 95, § 2. 3, D., *de solut.* 46, 3. *Voy.* note 8. — Fr. 5. 14, D., *de fideiuss.* 46, 1. « V.... Si fideiussor heres exstiterit ei, pro quo fideiussit: quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari. Reum (c'est-à-dire *correum*) vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri quæ obligatio quam perimat; at in fideiussore et in reo reperitur, quia REI OBLIGATIO PLENIOR EST. Nam ubi aliqua differentia, etc. » *Voy.* ci-dessus, note 8. — La règle énoncée dans ce texte : *quasi reum esse obligatum*, EX CAUSA FIDEIUSSIONIS LIBERARI, qui est vraie en thèse générale, se trouve appliquée par Papinien à une espèce qui, bien certainement, appartient à la catégorie exceptionnelle dont il sera question dans la note suivante. Après avoir dit avec raison que malgré la confusion qui s'opère entre le débiteur et le fidéjusseur, le gage constitué par ce dernier reste subsister *quamvis ex fideiussoria causa non tenearis*, ce jurisconsulte donne une solution tout autre pour le cas où le fidéjusseur s'était fait cautionner par un autre fidéjusseur : *sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque qui fideiusserit, liberari.* Fr. 38, § 5, D., *de solut.* 46, 3. L'équité exige évidemment que l'obligation du *fideiussor fideiussoris* ne s'éteigne point par la confusion du débiteur et du premier fidéjusseur, et cette solution est de plus conforme à la règle énoncée dans le Fr. 5, D., *de fideiussoribus*, pourvu que l'on prenne les termes *eiusdem potestatis, plenior obligatio* dans le sens que la matière comporte, c'est-à-dire *obligation plus efficace, plus avantageuse pour le créancier. Voy.* la note suivante.

[11] Par exemple, quand l'obligation principale est purement naturelle (Fr. 95, § 3, D , *de solut.* 46, 3. « Nam, si reus (natura) dumtaxat fuit obligatus, fideiussor non liberatur, » et Fr. 21, § 2, D., *de fideiuss.* 46, 1) ; quand l'obligation du fidéjusseur est garantie par une hypothèque ou par une caution (Fr. 38, § 5, D., *de solut.* 46, 3, et la fin de la note précédente); quand la dette a été

Si la confusion vient à cesser par un événement postérieur qui rétablit la séparation des qualités momentanément réunies, les obligations respectivement éteintes doivent être rétablies sur la demande de la personne intéressée [12], ou bien, si l'effet de la confusion ne s'est pas manifesté, elles sont fictivement considérées comme n'ayant pas cessé d'exister [13].

DE LA PRESCRIPTION ET DE DIVERS AUTRES MODES D'EXTINCTION.

§ 298.

I. La prescription, *præscriptio temporalis,* est représentée dans plusieurs passages de nos sources comme une cause d'extinction des obligations. Mais la portée de ces textes est sujette à controverse. Tandis que quelques auteurs les prennent dans un sens absolu et prétendent que la prescription anéantit l'obligation dans son entier, d'autres soutiennent qu'elle ne détruit que l'élément civil de l'obligation et qu'elle laisse subsister une obligation naturelle. Aucune loi ne décide d'une manière définitive la controverse [1]; pour la résoudre, il faut donc recourir aux prin-

contractée dans l'intérêt du fidéjusseur même, hypothèse qui se présente dans les Fr. 24, D., *de pactis* 2, 14; Fr. 7, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6; Fr. 5, pr. D., *de liberatione legata* 34, 3. Cf. ci-dessus, § 265, note 39, B, et § 295, note 42.

[12] Fr. 87, D., *de adquirenda hered.* 29, 2. — L. 22, C., *de inoff. test.* 3, 28. Arg. Fr. 59, pr. Fr. 80, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1 (ci-après, t. III, §§ 447 sq.) et Fr. 43, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3, ci-après, t. III, § 313.

[13] Fr. 21, § 2, D., *de inofficioso testamento* 5, 2. « Idem respondit : evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset, et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, et compensationem debiti. » — Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. A propos de ce passage, nous avons à faire observer : 1° que les mots « remanet ergo propter pignus naturalis obligatio » veulent dire, non pas « qu'une obligation naturelle continue à subsister à cause du *pignus,* » mais bien « que la persistance du *pignus* prouve la persistance d'une obligation au moins naturelle » ; 2° que le mot *naturalis obligatio,* dans cette même phrase, ne doit pas s'entendre d'une obligation purement naturelle. Dans des hypothèses analogues à celle dont il s'agit dans ce passage, l'on accorde, en effet, au fiduciaire, non-seulement le droit de retenir et de compenser, mais aussi celui de répéter par la *condictio indebiti.* Cf. ci-après, § 298, note 8, et Fr. 44, pr., D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — Fr. 38, pr. Fr. 39, D., *de condict. indebiti* 12, 6, combiné avec Fr. 10, § 1, D., *de compensationibus* 16, 2. *Voy.* aussi t. III, §§ 447. 448.

[1] Les textes qui se bornent à dire d'une manière générale que *obligatio finitur* ne prouvent en effet rien, par la raison que, d'après l'usage romain, le mot *obligatio* s'emploie très-fréquemment, et surtout par rapport à notre matière, pour *obligatio civilis. Voy.* ci-dessus, § 192, notes 3. 4, et tome I, § 41, note 15. En tenant compte de cette observation, on trouvera que les textes suivants, qu'allèguent ordinairement les partisans de l'extinction *complète,* sont tout à fait indifférents pour notre controverse. Fr. 6, D., *de obl. et act.* 44, 7. « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. » — Fr. 8, pr. D., *de neg. gestis* 3, 5. — Fr. 23, § 2 in f. D., *de inoff. testamento* 5, 2. — Fr. 30, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 18, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5, ci-après, note 15. — Fr. 1, § 5, D., *quando de peculio actio* 15, 2. — Fr. 1, § 7, D., *de contr. tut. act.* 27, 4. — Fr. 21, § 2, D., *de*

cipes généraux et aux décisions pratiques de nos sources qui se rapportent à la matière [2].

Nous nous sommes déjà antérieurement prononcé en faveur de la seconde opinion. En traitant de la prescription en général, § 61, nous avons cherché à établir que la prescription, tout en éteignant l'action, n'éteint point le droit auquel l'action se rapporte. A l'appui de cette opinion, nous avons fait valoir l'esprit général de l'institution et la considération que, à l'époque où toutes les actions étaient *perpetuæ*, aucun droit ne s'éteignait par l'expiration d'un délai quelconque, que la prescription du droit prétorien ne changea rien à cet état et que l'extension, qui fut donnée plus tard au principe de la prescription, ne se rapporte qu'aux actions. Nous avons de plus cherché à démontrer que notre théorie est incontestable en ce qui concerne les droits personnels et les droits réels [3]. Les mêmes arguments et cette analogie des autres droits militent en faveur de la même opinion appliquée aux obligations. Mais ici nous avons encore à invoquer d'autres raisons. Il nous paraît d'abord impossible d'admettre la thèse contraire avant la généralisation de la *præscriptio temporalis* par Théodose II. En effet, que faisait le préteur en créant pour un rapport obligatoire une action prescriptible après l'année? Cette mesure n'avait d'autre effet que d'élever à la puissance d'obligation civile un lien qui auparavant n'avait constitué qu'une obligation naturelle. L'année étant expirée, sans que le créancier eût usé de la faveur accordée par le préteur, les choses étaient replacées dans l'état où elles avaient été auparavant, c'est-à-dire que le rapport existant entre parties se trouva de nouveau réduit à l'état de simple obligation naturelle. Tel était évidemment, dans l'ancien droit, l'unique effet produit par la *præscriptio temporalis*, et cela avait lieu, sans aucune exception, dans tous les cas où cette institution souffrait application [4]. Or, les constitutions impériales

fideiussoribus 46, 1. — Fr. 38, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3. — *Voy.* encore ci-après, note 4, et pour la L. 4, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39, ci-après, note 5.

[2] Les bornes d'un manuel ne nous permettent point d'exposer et de discuter d'une manière approfondie la controverse dont nous nous occupons ici. Nous renvoyons pour les détails aux deux auteurs suivants, dans lesquels on trouvera à peu près tous les arguments qui peuvent être produits POUR et CONTRE. DE SAVIGNY, *System*, t. V, §§ 248-251 et *Obligations*, t. I, § 11, n° 10.— M. MACHELARD, *Des obligations naturelles*, p. 450 et suivantes.

[3] La théorie que nous défendons est admise sans contestation pour les droits personnels. Elle est incontestable pour le droit de propriété d'après la L. 8, § 1, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum* 7, 39, que nous avons expliquée au tome I, § 123, notes 19-21. Les solutions données dans cette loi par rapport au droit de propriété doivent évidemment, par analogie, être appliquées aux autres droits réels, à l'exception toutefois des servitudes personnelles et des servitudes prédiales rurales, à l'égard desquelles le droit romain admet l'extinction à la suite du simple non-usage, continué pendant dix ou vingt années ; ce qui constitue une inconséquence évidente que nous avons cherché à expliquer ci-dessus, t. I, § 145.

[4] Dès lors il est évident que tous les textes des jurisconsultes classiques (antérieurs à

n'ont apporté d'autres changements à cet état de choses que d'étendre à tous les droits munis d'une action le principe qui n'avait été originairement créé que pour les droits protégés par une action prétorienne [5]. Ce qui était donc vrai pour ces derniers doit l'être, dans le droit nouveau, pour tous les droits. Un autre argument découle de l'imprescriptibilité des exceptions. Nous renvoyons, à cet égard, au § 64, où nous avons d'avance répondu aux objections que les adversaires de notre opinion font valoir [6]. — Enfin, nous trouvons dans nos sources une décision qui devrait faire disparaître tout doute : le droit d'hypothèque subsiste et peut être poursuivi contre le débiteur et ses ayants cause pendant quarante ans, c'est-à-dire éventuellement encore dix ans après la prescription de la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque a été constituée [7]. Or, toute hypothèque suppose, comme condition essentielle, l'existence d'une obligation au moins naturelle [8].

Théodose) I, qui disent que *obligatio tempore finitur* ne peuvent être entendus que de la cessation du lien *civil* qu'on fait valoir au moyen d'une action.

[5] Cela résulte de l'ensemble des lois de Théodose II et de ses successeurs (tome I, § 58), et n'est nullement contredit par les mots de la L. 4, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. « ..... Nullumque *ius*..., quod prædictorum XL annorum *extinctum est* iugi silentio, moveatur ; » car le contexte indique clairement que *ius* est ici *ius actionis, actio*, ce qui est surabondamment confirmé par le mot *moveatur*, qui ne saurait guère se rapporter qu'à l'idée de l'*action*.

[6] *Voy.* tome I, § 64, notes 5 et suivantes.

[7] *Voy.* tome I, § 166, notes 20. 27 ; § 168, n° 6, et spécialement L. 7, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. « Cum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositæ rei detentatores annorum triginta finiri spatiis..... iubemus hypothecarum persecutionem, quæ rerum movetur gratia vel apud debitorum heredes non ultra quadraginta annos, ex quo competere cœpit, prorogare, ... in actione scilicet personali his custodiendis, quæ prisca constitutionum sanxit iustitia. » — C'est au même ordre d'idées qu'on peut rapporter la L. 2, C., *de luitione pignoris* 3, 31 : « Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota, » et le Fr. 30, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. « Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius (*voy.* ci-dessus, § 271, note 36) quod debitor solvendo non sit, aut *quod litem tempore amisit?* quæritur... Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel *quod litem amisit*, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem... » Il est vrai qu'on pourrait nous objecter que les mots *tempore litem amittere* chez un jurisconsulte classique peuvent aussi bien se rapporter à la péremption de l'ancienne procédure (tome I, § 58, OBSERVATION) qu'à la *præscriptio temporalis*. — Il est peut-être encore permis d'invoquer le Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4, où Pomponius (après avoir décidé que la restitution en entier contre la perte d'une créance, garantie par un gage et munie d'une action qui devait se prescrire dans les dix jours, a pour effet de ne rétablir l'action que pour les dix jours qui restaient à courir) ajoute que le gage continue de subsister, sans faire *aucune restriction ni limitation* : « Sine dubio quod de temporali actione sensisti, puto verius esse (i. e. ex tempore *tantumdem* præstandum, quantum supererat) : ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum. »

[8] *Voy.* t. I, § 155, note 1. On a voulu écarter cette argumentation, en prétendant que, dans notre cas, il n'est pas exact de dire « que l'hypothèque continue de subsister à cause d'une obligation naturelle qui survit à la prescription de l'action principale »; qu'il faut plutôt admettre « qu'une obligation naturelle continue à cause de l'hypothèque, laquelle ne s'éteint pas toujours par l'extinction de la dette, *quia suas conditiones habet hypothecaria actio.* » Et l'on invoque à l'appui la phrase de PAUL, au Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. « .... Remanet ergo propter

Mais quel sera l'effet du lien naturel qui reste subsister après la prescription? Aura-t-il toutes les conséquences qui peuvent résulter d'une obligation naturelle [9]? Nos sources ne sont guère explicites à cet égard. Nous penchons cependant pour l'affirmative. Il paraît d'abord difficile d'admettre que le débiteur puisse répéter, comme indû, le payement d'une dette fait après l'expiration du délai de la prescription, d'autant plus qu'il eût été irrévocablement condamné s'il avait négligé d'opposer la prescription à l'action en payement [10]. On ne saurait davantage, par des raisons solides, contester le *ius retentionis* au créancier d'une obligation prescrite. En ce qui concerne la compensation, la question pouvait être douteuse dans l'ancien droit [11], mais elle paraît devoir être décidée favorablement depuis que la compensation éteint les dettes *ipso iure* [12]. Enfin, les textes que nous avons indiqués ci-dessus, note 7, prouvent qu'une obligation civilement éteinte par prescription peut conserver la garantie d'un droit d'hypothèque; d'où nous devons conclure, par analogie, qu'elle peut également servir de base à d'autres droits accessoires ou à une novation, bien que la chose soit controversée à l'égard de la fidéjussion et du constitut [13].

pignus naturalis obligatio... » Cette thèse, vraiment bizarre, d'après laquelle la chose PRINCIPALE, *entièrement éteinte*, subsisterait *en partie* par la vertu de l'ACCESSOIRE, ne résiste pas à un examen sérieux. On en fera aisément justice, en se rappelant 1° ce que nous avons dit au tome I, § 168, n° 4, sur la portée réelle de la proposition de Marcien : « suas conditiones habet hypothecaria actio »; 2° l'interprétation du Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1, que nous avons donnée ci-dessus, § 297, note 13, en insistant sur l'observation que dans ce passage la locution *naturalis obligatio* doit s'entendre, non pas d'une obligation *purement naturelle*, mais plutôt de l'élément *naturel* de l'obligation, qui continue de subsister dans l'espèce dont il s'agit, en dépit de la subtilité du droit civil, d'après laquelle « aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. »

[9] *Voy.* ci-dessus, § 193, note 11.

[10] Nous pourrions également invoquer l'analogie de l'obligation naturelle qui reste subsister après un jugement absolutoire injustement rendu. *Voy.* ci-après, note 15. — On nous oppose le Fr. 25, § 1, D., *ratam rem haberi* 46, 8; mais DE SAVIGNY, *System*, t. V, p. 405, fait observer, avec raison, que rien ne prouve que ce texte parle d'un cas de prescription, qu'il peut s'y agir aussi bien d'une dette constituée à terme et finissant par l'expiration du terme (ci-après, note 24) ou d'une application de la loi *Furia* (*voy.* ci-dessus, § 261, note 15). On peut appliquer la même observation aux Fr. 37, D., *de fideiussoribus* 46, 1 (ci-après, note 13), et Fr. 71, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

[11] Surtout en présence du Fr. 14, D., *de compensationibus* 16, 2. « Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. » Mais *voy.* ci-dessus, § 287, note 8.

[12] Voir ci-dessus, § 291, notes 4 sqq.

[13] Fr. 37, D., *de fideiussoribus* 45, 1. « Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur : quoniam erroris fideiussio nulla est. » Nous pourrions peut-être écarter ce texte, en y appliquant l'interprétation indiquée dans la dernière partie de la note 10 ; mais alors même que nous l'entendrions de la prescription, il ne contredirait point nécessairement notre manière de voir. Il dit, en effet, simplement que le fidéjusseur, pouvant employer tous les moyens de droit du débiteur principal (§ 263, note 12), n'est pas plus tenu que ce dernier. Ce qui prouve que tel est le sens du passage, c'est la mention de l'*erreur* qui se trouve à la fin du texte ; car si le cautionnement d'une dette prescrite était nul, la question de savoir s'il y a eu ou non erreur serait tout à fait indifférente. — Quant au Fr. 18, § 1, D., *de pecunia*

II. La chose jugée a pour effet de mettre fin à l'obligation sur laquelle il a été statué, en ce sens que dans l'hypothèse d'une condamnation cette obligation est remplacée par celle du *iudicatum* [14], tandis que dans l'hypothèse d'un jugement absolutoire il ne reste point d'obligation [15]. Cependant il est à remarquer que, malgré l'autorité de la chose jugée, les Romains admettent qu'un jugement absolutoire injustement rendu, tout en éteignant l'élément civil de l'obligation, en laisse subsister l'élément naturel [16]. — L'effet extinctif du jugement s'étend aux *correi* et aux cautions, en tant, bien entendu, que la chose jugée opère à leur égard [17].

III. Le serment, déféré sur l'existence d'une obligation et fait par la partie à laquelle il est déféré, produit le même effet que la chose jugée [18], sauf en ce qui concerne la persistance de l'obligation naturelle qui ne saurait être admise à cause du caractère transactionnel de la délation du serment [19].

IV. En parlant du terme que nous avons l'habitude d'appeler résolutoire, les Romains disent que *obligatio tempore finiri non potest* [20]. Cette proposition est incontestable; mais il importe d'en préciser le sens et la portée. S'il est évident qu'une obligation existante ne peut s'éteindre par cela seul qu'un certain temps s'est écoulé depuis le moment où elle

constituta 13, 5, de la fin duquel on argumente *a contrario*, DE SAVIGNY cherche à l'écarter, en conjecturant qu'Ulpien y avait en vue un cas tombant sous l'application de la loi *Furia* (§ 261, note 15). Mais il ne nous paraît pas nécessaire de recourir à cet expédient, par la raison que l'argument *a contrario* n'est pas rigoureusement concluant et que nous pouvons d'ailleurs ranger ce passage dans la catégorie dont nous avons parlé ci-dessus, note 1. Au fond, le texte se borne à dire que celui qui a constitué une dette ne peut refuser d'exécuter son engagement, en prétextant que la dette originaire est aujourd'hui éteinte (bien entendu sans que l'extinction ait donné satisfaction au créancier). Cf. ci-dessus, § 251, note 35.

[14] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 69, notes 5-14.

[15] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 69, notes 17. 18. 49.

[16] Question controversée. Pour l'affirmative : Fr. 28. 60, D., *de condictione indebiti* 12, 6. Arg. Fr. 50, § 2, D., *de peculio* 15, 1; Fr. 27, D., *de pignoribus* 20, 1. Le Fr. 15, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6, paraît contraire : « nam et si a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. » DE SAVIGNY, *System*, t. V, § 250, note 9, cherche à écarter ce texte, en *limitant* la décision à la personne du débiteur qui a obtenu le jugement absolutoire et qui, par suite, pourrait naturellement opposer l'*exceptio rei iudicatæ* à l'action hypothécaire du créancier contre lequel le jugement absolutoire a été rendu. — La négative est défendue par M. MACHELARD, *des Obligations naturelles, loco citato.*

[17] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 68, notes 35. 39, et les textes à citer à la note 19. Cf. ci-dessus, § 186, note 23, et § 263, note 11.

[18] Il n'en est pas de même du serment déféré d'office par le juge. *Voy.* ci-dessus, § 68, note 43.

[19] Fr. 28, pr. § 1. 3. Fr. 42, § 1. 2. 3, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 1, § 3, D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5. — Fr. 95, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3. — *Voy.* t. I, § 68, notes 35. 39, et Cf. ci-dessus, § 186, note 23; § 263, note 11.

[20] Fr. 44, § 1, D., *de obl. et act.* 44. 7. « ... Placet autem *ad tempus* obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui debetur, *certis modis* desinit deberi : plane post tempus *rel.* » — Fr. 55, D., *de legatis I* (30). « .... Nec tempore aut loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest. » — § 3, I., *de verb. obl.* 3, 15. « .... quia ad tempus deberi non potest. »

a pris naissance [21], il n'en est pas moins vrai que les obligations qui ont pour objet des prestations continues et d'une certaine durée peuvent être créées de telle façon qu'à un moment donné le rapport obligatoire cesse de produire des effets à l'avenir. Cela est reconnu par nos lois dans plusieurs contrats consensuels et réels, tels que le louage, la société, l'emphytéose, le commodat, le dépôt, le gage [22]. Dans les obligations purement unilatérales, ou tout ou moins dans le contrat verbal, les jurisconsultes romains, en invoquant l'adage mentionné [23], enseignent que, malgré le terme résolutoire convenu entre parties, le rapport obligatoire continue d'agir [24]; mais cette rigueur n'est qu'apparente : car, le créancier qui poursuivrait l'exécution des obligations nées après l'expiration du terme serait repoussé par une *exceptio doli* ou *pacti* [25]. — Ce que nous venons de dire du terme s'applique également à l'hypothèse où les parties ont fait dépendre la cessation d'une obligation de l'accomplissement d'une condition [26]. Pareille clause n'a point pour effet d'éteindre les obligations qui existent au moment de la condition accomplie; mais, dans les hypothèses ci-dessus mentionnées, elle empêchera le rapport

[21] A moins que le législateur n'en dispose ainsi, comme dans la loi *Furia* (ci-dessus, § 261, note 15) et dans la prescription extinctive des actions, ci-dessus, notes 1-13.

[22] Louage, ci-dessus, § 217, note 2, et § 219, note 3. — Société, § 228, a, 2. — Emphytéose, t. I, § 151, n° 2. — Commodat, ci-dessus, § 237, notes 2. 10. — Dépôt, § 239, note 2. — Gage, t. I, § 156, note 13.

[23] A notre avis, les jurisconsultes romains, en faisant ici une interprétation abusive de la proposition élémentaire que *obligatio tempore finiri non potest*, ont commis une erreur analogue à celle que nous avons signalée à propos de l'adage : *obligatio ex heredis persona incipere non potest*. Cf. ci-dessus, § 245, notes 20-23. Ce qui aura favorisé cette interprétation dans notre matière, c'est qu'elle n'y entrainait guère de conséquences pratiques défavorables. D'une part, en effet, l'*exceptio doli*, dont nous parlerons ci-après, note 25, suffisait pour écarter tous les inconvénients; d'autre part, il dépendait du débiteur d'échapper à l'interprétation, en faisant autant de promesses séparées qu'il devait y avoir d'annuités. Fr. 140, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[24] Fr. 35, § 7, D., *de m. c. donationibus* 39, 6. — Fr. 44, § 1, D., *de obl. et actionibus*, ci-dessus, note 20. — Fr. 56, § 4, *verbis* Quemadmodum is D., *de verb. obl.* 45, 1. — § 3, I., *eodem* 3, 15. « .... Pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur. » Cf. Fr. 16, § 1, D., *eodem*, ci-après, note 33. — Le contrat verbal convenait donc parfaitement pour constituer une rente perpétuelle; cependant le seul exemple de pareille rente constituée par acte entre vifs, que nous trouvions dans nos sources, a pour fondement un contrat innommé. *Voy.* la *Novelle* 160 (non glosée) sur laquelle nous reviendrons ci-après, t. III, § 430, Observation.

[25] § 3, I., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 56, § 4 in f. D., *eodem* 45, 1. — Fr. 44, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. « .... Plane post tempus stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione submoveri poterit. » Cf. ci-dessus, note 20.

[26] Nos sources, tout en exprimant la règle (Fr. 55, D., *de legatis I*, ci-dessus, note 20), ne nous en donnent qu'un seul exemple qui, d'ailleurs, est fort mal choisi : Fr. 44, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Condicio vero efficax est quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur, veluti : *Centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* Sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli. » — C'est à tort qu'on donne comme exemples la vente avec *lex commissoria* ou *in diem addictio* et d'autres conventions analogues dans lesquelles on prétend qu'il y a vente sous condition résolutoire. Dans ces hypothèses, en effet, la condition n'a point pour but d'éteindre une obligation : loin de là, nous y trouvons

obligatoire dont il s'agit de produire des effets à l'avenir, avec les nuances que nous avons signalées, en parlant du terme [27].

V. L'obligation cesse naturellement d'exister si l'une des deux personnes déterminées, dont la présence est un élément essentiel de toute obligation [28], vient à disparaître. En principe, la mort du créancier ou du débiteur [29] aurait donc pour effet d'éteindre l'obligation; mais cet effet ne se produit que dans des hypothèses exceptionnelles [30], par la raison que la personne du défunt est régulièrement continuée par ses héritiers ou, à défaut d'héritiers, par le patrimoine délaissé qui est considéré comme une personne civile, *hereditas* [31]. Il est donc exact de dire que, pas plus que le temps, la mort [32] n'est une cause d'extinction des obligations [33]. Mais, comme le terme, la mort de l'une ou l'autre des parties peut empêcher qu'un rapport obligatoire ne continue de produire des effets à l'avenir, et ce fait se produit même naturellement dans les contrats qui ont pour objet des prestations continues, reposant exclusivement sur des considérations individuelles, tels que le louage de services, le mandat, la société [34]. Dans les autres rapports contractuels ayant pour

deux conventions, l'une pure et simple et l'autre ayant pour but de créer un droit éventuel. Cf. ci-dessus, § 249; § 205, note 14, et t. I, § 36, notes 3. 4. 5, où nous avons cherché à démontrer que la manière de voir que nous combattons est aussi contraire à la logique qu'à la théorie romaine.

[27] Supposons les deux conventions suivantes : *A*) Je vous donne en location telle maison pour un temps indéterminé, mais à condition que le bail prendra fin si je suis exproprié, pour cause d'utilité publique, de la maison que j'habite actuellement. — *B*) Je m'engage à vous servir une pension annuelle de mille francs, qui prendra fin le jour où vous serez nommé notaire. *N. B.* C'est à dessein que, dans ce dernier exemple, nous avons donné à la condition la forme d'un *dies incertus*, sous laquelle elle se présentera le plus souvent dans la pratique.

[28] *Voy.* ci-dessus, § 169, note 2, et § 187, notes 1. 2.

[29] La mort naturelle ou civile. Cette dernière, en effet, qu'on désigne par le terme *magna capitis deminutio* (qui comprend les *minutiones maxima* et *media*), produit des effets analogues à ceux de la mort naturelle, le patrimoine du *minutus* étant régulièrement transmis à d'autres personnes au moyen d'une *successio per universitatem* (ci-dessus, t. I, § 8 *in fine;* § 11, notes 3. 17-21; § 97, iv). Ajoutons que, d'après la rigueur de l'ancien droit, le *capitis deminutio minima* avait aussi pour effet d'éteindre les dettes du *minutus;* mais qu'il n'en est plus de même dans le droit de Justinien. *Voy.* ci-dessus, t. I, § 74, n° 5, et ci-après, t. III, §§ 328. 329.

[30] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, notes 5-10, et ci-après, t. III, § 359, notes 7-10; § 401, notes 5-7.

[31] *Voy.* ci-dessus, t. I, § 8 *in fine*, et ci-après, t. III, §§ 358. 401. 411.

[32] L'analogie ou plutôt l'identité des deux ordres d'idées (la mort d'une personne déterminée n'est autre chose qu'un *dies certus an, incertus quando*) est indiquée surtout dans le § 3, I., *de verb. obl.* (note 33), qui motive la *perpetuatio* de la stipulation « *quoad vivam* » sur ce que « *ad tempus deberi non potest* ». Cf. la note suivante.

[33] § 3, I., *de verb. obl.* 3, 15. « At si ita stipuleris : *decem aureos annos quoad vivam dare spondes*, et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest; sed heres *rel.* » — Fr. 35, § 7, D., *de m. c. donat.* 39, 6. — Fr. 16, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Stipulatio huiusmodi : in singulos annos, *una* est et incerta et *perpetua* : non, quemadmodum simile legatum, morte legatarii finiretur. »

[34] Louage de services, ci-dessus, § 219, n° 4. — Mandat, § 224, n° 4. — Société, § 228, b, 1.—Ajoutons la stipulation uti frui licere (Fr. 38, § 10. 11. 12, D., *de verb. obl.* 45, 1),

objet des prestations continues ou successives, les parties peuvent amener ce résultat par des conventions particulières qui produisent les mêmes effets que le terme résolutoire [35].

VI. Il nous reste à mentionner deux dispositions particulières du droit romain, dont la première s'oppose à ce que deux causes lucratives concourent, pour la même chose, dans le même individu; d'où la conséquence que, si la même chose nous est due pour deux causes différentes, l'une et l'autre à titre gratuit, nous ne pouvons exiger la chose qu'une seule fois [36]. La seconde de ces dispositions veut que, dans le cas où l'une des deux parties engagées dans un rapport synallagmatique, vient par une faveur de la loi à être déchargée de la prestation qui lui incombe, l'autre partie doit être considérée comme étant également libérée de son engagement [37]. Cette disposition paraît tout équitable, mais il n'est pas aisé de trouver des hypothèses auxquelles s'appliquerait exactement le texte qui la consacre [38].

VII. L'exposé qui précède n'est complet qu'à la condition d'y ajouter diverses autres causes d'extinction sur lesquelles nous ne nous étendrons pas ici, par la raison que nous avons déjà eu l'occasion d'en parler en nous occupant d'autres matières. Telles sont : l'impossibilité d'exécuter, produite par force majeure, et spécialement par la perte fortuite de la

et les *operæ officiales,* dues par un affranchi (Fr, 6. D., *de operis libertorum* 38, 1, et ci-après, t. III, § 337).

[35] *Voy.* ci-dessus, notes 20-25, et particulièrement § 3, I., *de verb. obl.* 3, 15. « .... Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur. » La stipulation servait donc parfaitement à constituer une rente viagère, à titre onéreux ou à titre gratuit. A titre onéreux, on pouvait aux mêmes fins employer la forme du contrat innommé. Cf. *Novelle* 160, et ci-dessus, note 24. Nous reviendrons sur cette matière, quand nous traiterons des *Legs,* ci-après, t. III, § 430, Observation.

[36] § 6, I., *de legatis* 2, 20. « .... Nam traditum est *duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse.* » — Fr. 17, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. « Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset. » – Fr. 108, § 4. 6, D., *de legatis I* (30). – Fr. 66, § 1. 2, D., *de legatis II* (31). – Fr. 21, § 1, D., *de legatis III* (32). – Fr. 83, § 6, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. – Fr. 61, D., *de solutionibus* 46, 3. — *Voy.* aussi ci-après, tome III, § 427, D, et § 440, n° 2.

[37] Labéon, Fr. 50, D., *emti* 19, 1. « Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor æque amitteret (c'est-à-dire, il ne doit point perdre, pas plus que dans l'hypothèse précédente : Æque); utpote, cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditæ obiiciat : ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset. »

[38] Nous estimons avec le glossateur Albericus que la décision du Fr. 50, D., *cité,* peut se rapporter à un cas de restitution en entier (tome I, § 74, notes 11 sqq.), bien que l'on puisse trouver étrange qu'au temps de Labéon, la locution *alicuius legis beneficio* ait été appliquée à une institution prétorienne. D'autres interprètes ont pensé qu'il s'agissait d'une disposition légale abolissant les dettes, *novæ tabulæ;* mais des dispositions de ce genre (dont l'histoire romaine offre, à la vérité, de nombreux exemples) ne frappaient guère que les créances nées d'un *prêt d'argent;* tandis que, dans notre espèce, il est question d'une somme due en vertu d'un contrat de *vente.*

chose due [39]; l'extinction d'une obligation accessoire par suite de l'extinction de l'obligation principale [40]; la privation du droit de créance dont le créancier est frappé dans certains cas à titre de peine [41].

APPENDICE.

DE L'EXÉCUTION DANS LES BIENS D'UN DÉBITEUR INSOLVABLE.

§ 299. *L'ancienne* bonorum venditio.

Dans divers endroits de notre cours, nous avons eu l'occasion de faire connaître les moyens de garantie, soit personnelle, soit réelle, que les Romains avaient l'habitude d'employer à l'effet d'assurer l'exécution d'une obligation [1]. L'un de ces moyens, probablement le plus ancien, consistait à donner en garantie la personne même du débiteur. A cet effet, celui-ci se mancipait au créancier [2] de la même manière dont on mancipait une chose [3], moyennant l'engagement pris par le créancier de l'émanciper après le payement de la dette [4]. Par suite de cette aliénation

[39] *Voy.* ci-dessus, § 173, note 18, et § 177, notes 1-12.

[40] *Voy.* ci-dessus, § 251, note 35; § 258, notes 15-17; § 259, notes 7-9; § 263, notes 9-11; § 264, notes 6-9.

[41] Pour s'être fait justice à lui-même (t. I, § 40); pour avoir accepté la cession d'une créance au mépris d'une défense légale (ci-dessus, § 190, notes 22-30). Ajoutons le tuteur qui se trouve dans la condition dont nous parlerons ci-après, t. III, § 344, note 9.

[1] Garantie personnelle. *Prædes, sponsores, fidepromissores, fideiussores.* Ci-dessus, § 261.— Garantie réelle. *Mancipatio* avec *fiducia, pignus.* Ci-dessus, t. I, §§ 153. 154.

[2] Tite-Live, VIII, 28. « ... cum se C. Publilius ob æs alienum paternum nexum dedisset... » — Valère-Maxime, VI, 1, 9. « ... T. Veturius... propter domesticam ruinam et grave æs alienum C. Plotio nexum se dare coactus... » — Varron, *de lingua latina* VII, 105 (VI, 5. col. 58 Gothofr. — p. 100 Bipont.). « ..... Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dat (*ou bien* dederat), dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus. » Varron parle ici de operæ *in servitutem datæ*, parce qu'il n'a en vue que l'effet passager de l'opération, qui est dans l'intention des parties, le débiteur ne devant rester *nexus* que jusqu'à l'acquittement de la dette, *dum solveret*. Mais il est indubitable que c'est la *personne* même qui est *nexa*, et non pas seulement les *operæ* qui, d'ailleurs, ne seraient pas susceptibles d'être *mancipées*. *Voy.* la note suivante, et ci-après, t. III, § 337, n° 3.

[3] Cic., *de oratore*, III, 40. « ... Nexum quod per æs et libram agitur... » — Varron, *de l. l.* VII, 105 (VI, 5. col. 58 Gothofr. — p. 100 Bip.). « Nexum Mamilius scribit, omne quod per libram et æs geritur... » — Festus, v. *Nexum est*, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt hæc : testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio, » et les autres passages cités ci-dessus, t. I, § 33, notes 2. 3. Cf. aussi ci-dessus, § 245, notes 1-4, et t. I, § 153, notes 1-7.

[4] Absolument comme dans la *mancipatio* avec *fiducia*, qui est le plus ancien mode de garantie réelle. *Voy.* tome I, § 153, notes 1-7.

per æs et libram, la personne du débiteur [5] devenait la propriété du créancier, en tant qu'un citoyen romain peut être l'objet du droit de propriété, *mancipium* [6]. D'habitude, le débiteur restait en état de liberté, comme la chose mancipée avec *fiducia* était ordinairement laissée au pouvoir de celui qui l'avait engagée [7]; mais la qualification de *nexus* [8], qui lui était appliquée, indiquait l'engagement de sa personne, et le créancier pouvait mettre fin à cette liberté de tolérance, en reprenant ou en revendiquant l'homme qui lui appartenait [9]. Le payement libérait naturellement

[5] Tite-Live, II, 23. 24. 27. – Denys d'Halicarnasse V, 53. 69; VI, 26. 29. 37. 41. 83. — Nous disons sa persona, c'est-à-dire lui avec sa *familia*, les personnes et autres biens qui lui appartiennent. Tite-Live, II, 24. VII, 14. – Denys d'Hal., VI, 26. 29.—Cependant il est probable que le créancier, tout en devenant propriétaire des biens du débiteur, ne pouvait les garder pour lui, mais était obligé de les vendre, comme cela avait également lieu dans la *mancipatio* avec *fiducia* d'une chose (ci-dessus, t. I, § 153, note 3). Tite-Live, II, 24. « Ne quis militis, donec in castris essent, bona *possideret aut venderet.* » Le même, VI, 14. « bona venire. » – Denys d'Hal., VI, 29. — Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que certes, de fait, le débiteur n'avait recours à l'extrême moyen de l'engagement de sa personne par le *nexum* que lorsqu'il n'avait plus d'autre moyen de satisfaire ses créanciers. Tite-Live, II, 23. « Sabino bello ait se militantem... æs alienum fecisse; id, cumulatum usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis; postremo, velut tabem provenisse ad corpus. » Cf. Valère-Maxime, VI, 1, 9, transcrit ci-dessus, note 2.

[6] *Voy.* ci-après, t. III, § 339.

[7] Cela était d'ailleurs de droit, la seule mancipation ne transférant pas la possession de la chose mancipée (Gaius, II, 204. IV, 131); et c'est pourquoi le créancier qui voulait avoir le débiteur en son pouvoir ou vendre les biens, devait en obtenir la possession. Tite-Live, II, 24, « bona *possideret aut venderet.* » II, 27. « Nexi... creditoribus tradebantur. » — Il est à supposer que, comme dans la mancipation d'une chose (t. I, § 153, note 2), cet état de fait était habituellement *garanti* au moyen d'une convention particulière, au moins jusqu'à l'échéance de la dette; mais il est peu probable que la loi des Douze Tables ait contenu une disposition spéciale à cet égard, comme le pense Niebuhr en invoquant un passage mutilé de Festus, v. *Sanates,* dans lequel il restitue arbitrairement les deux lignes : « in XII : Nex.... forti sanati » de la manière suivante : « Nexo solutoque forti sanatique idem ius esto. »

[8] Au point de vue du droit *formel* du créancier et de son propre état personnel, le débiteur était *mancipium* (t. III, § 339); eu égard au but de l'opération, il était simplement engagé, *nexus, obæratus, obligatus,* termes qui s'appliquent également aux choses engagées (Suétone, *César,* 46. – § 5, I., *de legatis* 2, 20; Fr. 52, § 2, D., *de pactis* 2, 14; Fr. 1, § 4, D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* 43, 4 et *passim. Voy.* t. I, § 154, note 3). Cette considération explique que souvent les termes *mancipium* ou *mancipatio* et *nexum* ou *nexus* sont représentés comme synonymes (*voy.* t. I, § 33, note 3), tandis que dans d'autres passages on ne considère point le *nexum* comme une opération destinée à transférer la propriété. Varron, *de l. l.* VII, 105 (VI, 5. col. 58 Gothofr. – p. 100 Bipont.). « Nexum Mamilius scribit, omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipia : Mucius, quæ per æs et libram fiant, ut obligentur, præter quæ mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quærit; nam idem, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem *rel.* » Ci-dessus, note 2. Cf. Cic., *pro Murena,* 2. « Nexu se obligavit. » C'est pour s'être placé trop exclusivement au point de vue du gage et pour avoir négligé ce qu'il y a de *réel* dans la *mancipatio* (chose très-pardonnable avant la découverte de Gaius), que Niebuhr s'est trompé dans ses hypothèses sur notre matière, surtout en exigeant encore une *addictio,* pour que le *nexus* devienne la propriété du créancier. Cette erreur a été évitée par Zimmern, *Traité des actions,* §§ 45. 46. *Voy.* ci-après, note 13.

[9] Le tout comme dans la *mancipatio cum fiducia* d'une chose, t. I, § 153.

le *nexus* de sa dette; mais pour être remis dans l'intégrité de son état d'homme libre, il avait besoin d'être affranchi [10]. Cet affranchissement s'opérait d'habitude au moment même du remboursement [11]; dans tous les cas, le débiteur qui s'était acquitté pouvait, sans aucun doute, contraindre son maître à lui rendre la liberté [12]. — Telle paraît avoir été, dans l'ancien droit des Quirites, la condition des *nexi* [13], et il est pro-

[10] Ce n'est qu'après avoir été affranchi, qu'il pouvait se dire *nexu solutus* dans le vrai sens du mot. Faisons observer, à cette occasion, que les mots « nexu vincti solutique » veulent dire « ceux qui étaient encore engagés, *vincti*, et ceux qui étaient libérés, *soluti* » en d'autres termes : « tous ceux qui étaient actuellement ou qui avaient été victimes du *nexum* ». TITE-LIVE, II, 23.

[11] D'autant plus que le payement se faisait originairement *per æs et libram*, d'où la locution « libra et ære liberatio » synonyme de « *nexi liberatio* ». TITE-LIVE, VI, 14. Cf. ci-dessus, § 295, note 10.

[12] De quels moyens de contrainte l'ancien débiteur disposait-il à cet effet ? Sans recourir à des hypothèses plus ou moins probables, nous nous bornerons à dire que le *nexus* devait évidemment avoir le même moyen qui était donné à la femme divorcée pour forcer son ancien mari à l'affranchir de la *manus* : « Hæc autem, repudio misso, (virum) proinde compellere potest, *atque si nunquam nupta fuisset*. » GAIUS, I, 137, et ci-après, t. III, § 422, note 24. Ajoutons que l'homme qui se trouvait *in servitute* pouvait réclamer sa liberté, *se vindicare in libertatem* (t III, § 333), et que l'esclave, abandonné en noxe, qui payait le dommage causé par lui, avait le droit d'exiger son affranchissement (ci-dessus, § 282, note 32). Il est vrai que ce droit est probablement d'origine assez récente; mais il n'avait certes rien d'anomal.

[13] Nous disons : « Telle PARAÎT avoir été. » Nous nous trouvons, en effet, par suite de la nature incomplète des renseignements, dans l'impossibilité d'arriver à une certitude complète, en ce qui concerne l'institution du *nexum*. Aussi cette matière a-t-elle donné lieu à de nombreuses hypothèses qui presque toutes partent de l'idée que le *nexum* serait une forme symbolique, inventée à plaisir, afin d'assurer à un engagement exécution parée au moyen de la contrainte par corps. Cette idée est aussi contraire à l'énergique simplicité des coutumes primitives qu'à la marche progressive du droit des Quirites, et cette considération suffirait pour écarter ces hypothèses, si d'ailleurs elles n'étaient toutes incompatibles avec divers renseignements certains des sources. Seule notre théorie (qui dans les points essentiels suit l'hypothèse de Niebuhr, rectifiée par Zimmern, ci-dessus, note 8 *in f.*) se concilie avec *tous* les témoignages des anciens; elle s'encadre en outre parfaitement dans l'ensemble des institutions du droit des Quirites. Nous avons déjà signalé la parfaite analogie, pour ne pas dire identité, qui existe entre le *nexum* et la *mancipatio cum fiducia* d'une CHOSE. Qu'il nous soit permis de faire remarquer encore l'harmonie qui se trouve dans le développement historique de notre institution même. Le *nexum*, mancipation faite par le débiteur même, donne au créancier le domaine quiritaire du débiteur, *mancipium;* l'*addictio* faite par le préteur ne donne qu'une quasi-propriété prétorienne, le débiteur n'est que *in servitute* ou plutôt *in mancipio*. De même la cession volontaire des biens en transfère la propriété quiritaire aux créanciers, tandis que la *missio in bona*, obtenue malgré le débiteur, ne donne que la *bonorum possessio*, c'est-à-dire une propriété prétorienne. *Voy.* ci-après, notes 18. 38. 60 sqq., et ci-dessus, t. I, § 92, c, 2. — Parmi les diverses objections qu'on a faites à notre théorie, il en est deux qui, à la première vue, paraissent assez graves : 1° On conteste « que le débiteur ait pu SE manciper LUI-MÊME : l'économie du droit romain n'offre aucune analogie de pareille opération. » C'est là évidemment une erreur. Si l'on tient compte du droit primitif (t. III, §§ 302. 325), il est impossible de méconnaître la *parfaite* analogie que présente la *coëmtio* d'une femme *sui iuris* (t. III, § 338, n° 2). La même analogie se trouve dans l'adrogation. Il est vrai que cette dernière opération se faisait dans les comices, et non par mancipation, mais cette différence qui, d'ailleurs, ne touche pas le fond de la question, provient uniquement de ce que la mancipation n'était pas propre à faire atteindre le but auquel tendait l'adrogation. 2° « Dans la *mancipatio cum fiducia* d'une chose », dit-on, « le débiteur avait l'*actio fiduciæ* pour obtenir la rétrocession de sa chose;

bable que les citoyens qui, sous le nom de *prædes*, se portaient caution du débiteur étaient soumis au même engagement [14].

Quand aucune garantie n'avait été donnée, le créancier ne pouvait arriver à l'exécution qu'après avoir obtenu jugement contre le débiteur. La condamnation, ne constituant qu'un lien personnel, ne donnait originairement aucun droit direct contre les biens du débiteur [15], mais elle fournissait contre la personne des moyens très-énergiques qui, indirectement, mais forcément, conduisaient au but qu'il s'agissait d'atteindre. Trente jours après le jugement obtenu, le créancier pouvait, au moyen de la *legis actio per manus iniectionem*, saisir la personne du débiteur et se la faire adjuger, *addicere* [16]. L'*addictus* avait alors soixante jours pour satisfaire son créancier [17]. Pendant ce temps, il était homme libre, quoique se trouvant en état de servitude ou plutôt de *mancipium* [18], mais, s'il ne parvenait pas à se libérer avant l'expiration du délai, le créancier pouvait le vendre à l'étranger comme esclave [19]. Pour le cas où il y avait

le *nexus* n'aurait eu aucun moyen légal pour obtenir son affranchissement. Car, n'ayant pas de patrimoine, il ne pouvait avoir l'*actio fiduciæ* qui est de nature patrimoniale; particulièrement, il ne pouvait l'avoir contre celui-là même à qui le patrimoine appartient. » Il y aurait plus d'une réponse à faire à cet argument : nous nous bornons à en donner une seule, qui est complétement décisive et qui se trouve ci-dessus, note 12.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 261, note 1, et t. I, § 24, note 8; § 33, note 8; § 70, notes 17 et 27 sqq.

[15] *Voy.* ci-après, note 28.

[16] Gaius, IV, 21 — Aulu-Gelle, XV, 13 in f. XX, 1. « Æris confessi rebusque iudicatis triginta dies iusti sunto. » — *Voy.* t. I, § 43, n° 4.

[17] Aulu-Gelle, XX, 1, ci-après, note 19.

[18] L'*addictus* n'était pas réellement *mancipium*, mais il se trouvait *de fait* dans la condition des *mancipia*, comme la chose adjugée par le préteur n'était pas *in dominio nostro*, bien que nous l'eussions *in bonis*. C'est ainsi que l'on distinguait l'individu qui était réellement esclave, *servus*, d'avec l'homme libre qui se trouvait accidentellement en état d'esclavage, *in servitute*, et que l'esclave affranchi sans l'observation des formalités légales n'était pas qualifié de *liber*, bien qu'il se trouvât en état de liberté, *in libertate morabatur*. Cette différence entre l'*addictus* et le *mancipium* par *nexus* résulte très-clairement de la combinaison de plusieurs passages des anciens et se manifeste, d'ailleurs, au point de vue pratique, par diverses conséquences, parmi lesquelles nous signalons : que l'*addictus* ne subit pas de *capitis deminutio;* que la *familia* qu'il a au moment de l'addiction ne passe pas dans le patrimoine du créancier; que, tout en étant *addictus*, il peut acquérir pour lui. Festus, v. *Deminutus*. — Tite-Live, II, 24. VI, 14. — Denys d'Hal., VI, 83. Cf. V, 69. VI, 37. — Valère-Maxime, VII, 6, 1. — Aulu-Gelle, XX, 1. « Si volet, suo vivito. » — Quintilien, *Inst. orat.* III, 6, 25 (p. 244, ed. Burmann); V, 10, 60 (p. 414). VII, 3, 26. 27 (p. 620). — Fr. 23, pr. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. « ... Nam et eum qui in vinculis est (publicis aut privatis), si modo non sit in servitute, posse usu adquirere, constat. » C'est donc commettre une erreur que de placer sur la même ligne le *nexus* et l'*addictus;* c'est errer plus gravement encore que de confondre le *nexus* avec le simple *iudicatus* ou *damnatus*, voire même avec celui qui est déclaré *damnas*, soit par la loi, soit par un testament. *Voy.* ci-dessus, § 271, notes 5. 7; t. I, n° 95 *in fine*, et ci-après, t. III, § 414, n° 3.

[19] Aulu-Gelle, XX, 1. « ... Erat autem ius interea paciscendi; ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies, trinis nundinis continuis, ad prætorem in Comitium producebantur, quantæque pecuniæ iudicati essent, prædicabatur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. »

plusieurs créanciers, la loi contenait une disposition qui, prise à la lettre, ferait croire qu'il leur était permis de tuer le débiteur commun et de se le partager [20].

Tel était l'état de la législation du temps des Douze Tables. La loi *Pœtelia Papiria*, de la première moitié du cinquième siècle, abolit le *nexum*, c'est-à-dire la mancipation de la personne et de la famille du débiteur [21]. Ensuite de cette réforme, l'engagement réel du débiteur se transforma en un simple engagement verbal [22] dont le nom, *stipulatio*, rappelle l'ancienne opération *per æs et libram* [23]; et la même forme fut appliquée aux obligations des cautions qui perdent le nom de *prædes* et apparaissent désormais comme *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores* [24]. Le sort des *addicti* fut également adouci par la loi *Pœtelia Papiria* [25], mais l'addiction même continua d'être pratiquée, bien que d'autres institutions en rendissent l'usage de plus en plus rare [26].

[20] Aulu-Gelle, XX. 1. « Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare : Tertiis, inquit, nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se (sine) fraude esto. » Ces mots doivent-ils être pris à la lettre, comme il semble résulter de l'auteur cité, ainsi que de Quintilien, III, 6. « ... ut in XII Tabulis debitoris corpus inter creditore dividi licuit : quam legem mos publicus repudiavit, » et de Tertulien, *Apologeticus*, c. 4? Ou bien, ont-ils un sens figuré qu'il est, à la vérité, bien difficile de déterminer (Cf. ci-après, note 28)? De nombreuses dissertations ont été échangées entre les partisans des deux opinions, sans que la question ait fait un pas. On peut s'en convaincre en lisant les discussions qui ont eu lieu récemment à l'Académie des sciences morales et politiques de France et qui se trouvent reproduites dans le compte rendu des séances de cette Académie, publié par MM. Vergé et Loiseau, t. III, p. 223 et suiv. t. V, p. 163 et suiv.; p. 546-585; t. XI, p. 210 suiv.; p. 277 et suiv.

[21] C'est dans Cicéron, *de republica* II, 34; Tite-Live, VIII, 28, et Denys d'Hal., *fragm.* XVI, 9, que nous trouvons des renseignements certains, mais peu étendus, sur cette loi importante qui, d'après Tite-Live, fut un second commencement de liberté pour la plèbe. Outre l'abolition du *nexum*, mentionnée dans notre texte, la loi Pœtelia Papiria paraît avoir contenu des dispositions qui 1° défendaient d'enchaîner des citoyens romains, sauf dans le cas de délit (Tite-Live, *l. l.*); 2° déclaraient libre les *nexi* actuels et statuaient que dorénavant tout débiteur pourra éviter la captivité, s'il affirme sous serment que ses biens sont suffisants pour couvrir ce qu'il doit, *bonam copiam iurare*. *Voy.* Cic., *l. l.* « Omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum. » Cf. Tite-Live, *l. l.* « ... Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti; cautumque in posterum, ne necterentur, » combiné avec Varron, *de l. l.* VII, 105 (VI, 5. col. 58 Gothofr. — p. 100 Bipont.) « Hoc (nexum) C. Popilio *auctore*, Sillo (al. *Visolo*, i. e. C. Pœtelio Visolo, que Tite-Live, VIII, 23, IX, 28, mentionne comme consul en 429, et comme dictateur en 441) dictatore sublatum, ne fieret; et omnes qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi, dissoluti. » Cf. Tabula Heracl., c. 7 (24). lin. 113 ci-après, note 33.

[22] Comme la *mancipatio* avec *fiducia* d'une chose fut remplacée par la simple convention *hypothécaire*. Cf. tome I, § 153, notes 22-28.

[23] Nous avons montré, ci-dessus, § 245, notes 1-6, comment cette transformation a dû s'opérer.

[24] *Voy.* ci-dessus, notes 1. 14, et § 261, notes 1. 2, ainsi que tome I, § 156, notes 27 et suivantes.

[25] *Voy.* ci-dessus, note 21, n° 1.

[26] La contrainte par corps ensuite de l'*addictio* du débiteur n'a jamais été abolie : elle subsiste

Parmi ces institutions que nous avons indiquées en traitant de l'exécution des jugements [27], nous avons à signaler ici la vente globale des biens du débiteur, *proscriptio et venditio bonorum.*

Le droit primitif des Quirites, nous l'avons dit ci-dessus, ne connaissait point l'exécution forcée dans les biens du débiteur. Ce point a été contesté : l'on a même cru pouvoir entendre le *partes secare* des Douze Tables de la distribution par contribution des biens de l'*addictus*. Mais c'est en vain que l'on cherche dans les cinq ou six premiers siècles de Rome un moyen de droit commun qui ait pu servir à saisir les biens du citoyen malgré lui [28]. Le *nexum* et l'*addictio* ont évidemment suffi aux Quirites pendant bien longtemps. Cependant la disparition du *nexum* dut créer une lacune d'autant plus sensible que toute *legis actio* suppose la présence du défendeur et que, depuis l'extension qu'avait prise le territoire de la république à partir du sixième siècle, il était bien facile aux débiteurs de mauvaise foi de se soustraire à la contrainte par corps. De tout temps la république avait, vis-à-vis des citoyens qui cherchaient à se dérober aux condamnations prononcées contre eux, usé d'un moyen de contrainte énergique qui consistait à s'emparer de leurs biens et de les vendre publiquement, *sectio bonorum* [29]. Un préteur, que Gaius appelle

après la loi *Pœtelia* et jusque dans la législation de Justinien, tout en étant réglementée d'une manière un peu plus humaine. Tite-Live, XXIII, 14. — Lex (rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. 22. — Cic., *de oratore*, II, 93; *pro Flacco*, 20. — Valère-Maxime, VII, 6, 1. — Sénèque, *de benef.* III, 8. — Quintilien, *Inst. orat.* VII, 3, 26. 27. — Aulu-Gelle, XX, 1. — Gaius, III, 189. 199. — Licin. Rufinus, Fr. 34, D., *de re iudicata* 42, 1. — Ulpien, Fr. 23, pr. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Paul, V, 26, 2. — Alex. Sévère, L. 1, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. — Justinien, L. 8, C., *eodem*. Cf. L. 1, Th. C., *eodem* 4, 20, et *Nov. Iustiniani* 135, c. 1. Certaines lois impériales paraissent contraires, mais elles appartiennent à d'autres ordres d'idées. Dans la L. 12, C., *de obligationibus et actionibus*. 4, 10, le mot *liberi* signifie *enfants* et non pas *hommes libres*. Les L. 1, C., *de privatis carceribus* 9, 5, et L. 23, C., *de episcopali audientia* 1, 4, sont dirigées contre les puissants de l'époque, qui abusent de leur position pour usurper une espèce de juridiction pénale. Les L. 3, Th. C., *de exactionibus* 11, 7 (L. 2, I. C., *de exactoribus tributorum* 10, 19) et L. 7, Th. C., *eodem* interdisent l'emploi de la contrainte par corps pour des créances fiscales.

[27] *Voy.* t. I, § 69, notes 6-11.

[28] On a argumenté du pouvoir qu'avaient les magistrats romains d'assurer par divers moyens (et entre autres par la saisie de gages, *pignora*) l'exécution de leurs ordres et décrets, en invoquant à l'appui l'édit par lequel le consul Servilius (259) défend : « *ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet.* » Tite-Live, II, 24. Mais il est à remarquer : 1° que les magistrats n'exerçaient le droit dont il s'agit que dans l'intérêt public, et que les cas dans lesquels il y avait lieu à *pignoris capio* au profit de particuliers étaient peu nombreux et rigoureusement déterminés sous le régime des *legis actiones* (t. I, n° 53, et § 43, n° 5); 2° que dans le passage de Tite-Live, II, 24, il s'agit de *nexi*. L'objection qui consiste à dire que le créancier d'un *nexus*, étant *dominus* des biens de son débiteur, n'avait pas besoin de vendre, n'est pas sérieuse. *Voy.* ci-dessus, notes 5. 7. — On ne comprendrait d'ailleurs point que le préteur Rutilius eût dû introduire la *bonorum proscriptio* comme un moyen subsidiaire contre le débiteur fugitif et latitant, si ce même moyen avait été de droit commun. Ci-après, note 31.

[29] *Voy.* t. I, § 24, note 5, et § 97, IV.

Rutilius [30], introduisit ce moyen dans le domaine du droit privé, en offrant aux créanciers d'un débiteur fugitif ou latitant [31] la possession de ses biens, afin de les faire vendre et de se faire payer sur le prix. L'efficacité du remède ayant été éprouvée par la pratique, l'on en étendit l'usage au delà des hypothèses pour lesquelles il avait été originairement créé [32], et, par une réciprocité équitable, on admit également le débiteur à faire abandon de ses biens, afin de se soustraire à l'addiction de sa personne [33].

† Cet abandon volontaire des biens, *cessio bonorum,* consacré par une loi *Iulia* de César ou d'Auguste [34], se faisait au moyen d'une déclaration judiciaire ou extrajudiciaire [35]. Le débiteur qui y avait recours échappait

[30] Gaius, IV, 35, ci-après, note 63. Il est peu probable que ce soit le célèbre jurisconsulte P. Rutilius Rufus (tome I, n° 139). D'une part, en effet, nous ne savons point que P. Rutilius Rufus ait été préteur; d'autre part, il paraît que la création de la *bonorum proscriptio* remonte à une époque antérieure : elle figure déjà dans la lex (thoria) agraria (cap. 26), qui est contemporaine de P. Rutilius Rufus. — Tite-Live, XLV, 44, mentionne un préteur P. Rutilius Calvus en 586.

[31] Cicéron, *pro Quinctio*, 19, fait encore de l'absence du débiteur une *conditio sine qua non* de l'envoi en possession des biens, « qui fraudationis causa latitarit, cui heres non exstabit, qui exsulii causa solum verterit, qui absens iudicio defensus non fuerit. » Cf. le même, *in Verrem,* II, 2, 24. « ... Insimulant hominem fraudandi causa discessisse, postulant ut bona possidere liceat... » — La loi (rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. 22, exige aussi (non pas, comme on l'a dit, que le débiteur ait avoué sa dette ou refuse de se défendre, mais) que le débiteur « confessus erit neque solvet, neque de ea re satis, uti oportebit, faciet aut, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet, non restituet *rel.* » — Cf. Fr. 4, § 3, D., *de homine libero exhibendo* 43, 29.

[32] Cic., *pro Quinctio,* 19 (ci-dessus, note 31), combiné avec Gaius, III, 78. « Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum, velut eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto Prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere. »

[33] On attribue ordinairement la création de ce bénéfice à la rogation d'un certain C. Popilius sous la dictature de Sulla; mais le texte corrompu de Varron, *de l. l.*, VII, 105, sur lequel cette hypothèse se fonde, se rapporte probablement à un tout autre ordre d'idées, peut-être à la loi Pœtelia. *Voy.* ci-dessus, note 21. La première mention certaine du bénéfice de cession de biens se trouve dans la Tabula Heracleensis qui, au chapitre 7 (24), lignes 113 sqq. (*æs neapolitanum, lin.* 39 sqq.), déclare inhabile à siéger dans la curie celui qui in iure abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit, qui sponsoribus, creditoribusve suis renuntiavit, renuntiaverit, SE SOLIDUM SOLVERE NON POSSE, aut cum eis pactus est, eritve SE SOLIDUM SOLVERE NON POSSE.... Dès lors, comme la Table d'Héraclée est, selon toute probabilité, un exemplaire de la loi municipale de Jules César, il est permis de supposer que le bénéfice de la cession des biens a été créé par une loi *Iulia Cæsaris,* comme le semblent d'ailleurs indiquer Gaius, III, 78, transcrit à la note précédente, l'inscription du tit. Th., C., *qui bonis ex lege Iulia cedere possunt* 4, 20, et la L. 4, I. C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. Cf. César, *de bello civili* III, 1. — Suétone, *Jules César* 42. — Tacite, *Annales,* VI, 16. — Dion Cassius, LVIII, 21.

† Tit. D., *de cessione bonorum* 42, 3. — Tit. Th. C., *qui bonis ex lege Iulia cedere possunt* 4, 20. — Tit. I. C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71.

[34] *Voy.* la fin de la note 33.

[35] Fr. 9, D., *h. t.* « Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. Et sufficit, et

à la prison et conservait intact son honneur que l'addiction et la *proscriptio bonorum* anéantissaient [36]; mais, pour jouir de ce bénéfice, il fallait être de bonne foi [37]. Si, à la suite de la déclaration du débiteur, un arrangement intervenait entre lui et les créanciers, les effets de la cession étaient naturellement déterminés par la convention. En dehors de cette hypothèse, la cession ne conférait point aux créanciers la propriété des biens [38], mais elle leur donnait le droit de les faire vendre et de se faire payer sur le prix au *prorata* de leur créance [39]. Le débiteur n'était libéré que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés [40]; mais il ne pouvait plus y avoir exécution contre lui que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere potest* [41].

† La vente forcée des biens du débiteur [42], *proscriptio et venditio bonorum*, différait naturellement sous plusieurs rapports de la cession volontaire. D'abord le débiteur qui laissait aller les choses jusqu'à la vente [43] subissait une dégradation personnelle qui, sans constituer une véritable *capitis deminutio* [44], avait pour effet d'entraîner l'infamie [45]. Ensuite,

per nuntium vel per epistolam id declarari. » — (L. 2, Th. C.) L. 6, I. C., *h. t.* « In omni cessione, ex qualibet causa facienda, scrupulositate priorum legum explosa professio sola quærenda est... In omni cessione sufficit voluntatis sola professio. »

[36] L. 1. 8, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. — L. 11, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12.

[37] Fr. 22, § 1. Fr. 51, pr. D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 8, D., *h. t.* — Fr. 25, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. — Arg. Fr. 63, § 7, D., *pro socio* 17, 2. — L. 1, Th. C., *h. t.* — L. 8, I. C., *eodem.*

[38] Fr. 3, D., *h. t.* — L. 2. 4, C., *eodem.* Mais l'aliénation, régulièrement faite, transférait aux acquéreurs la propriété des biens achetés, puisque les créanciers agissaient en vertu d'un mandat donné par le propriétaire, comme le fait le créancier-gagiste. C'est peut-être à cette différence entre la *cessio bonorum* et l'envoi en possession *venditionis causa* (ci-après, note 51) qu'il est fait allusion dans un passage fort mutilé de Gaius, II, 180.

[39] Jusqu'à la vente effectuée, le débiteur pouvait reprendre les biens, en donnant satisfaction aux créanciers. Fr. 3. 5, D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem.*

[40] L. 1, C., *hoc titulo.*

[41] § 40, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 4, pr. D., *h. t.* — Cf. § 4, I., *de replicationibus* 4, 14. — Fr. 17, pr. D., *de receptis* 4, 8. — Fr. 4, § 1. Fr. 6, D., *h. t.* — L. 3, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7, 72.

† Cic., *pro Quinctio.* — Gaius, III, 77-81. — Pr. I., *de successionibus sublatis quæ fiebant per venditiones* 3, 12, et Théophile *ad h. l.* — Titt. D., 42, 1-8. — Titt. C., 7, 72-74.

[42] Le débiteur qui se trouve dans cette situation est fréquemment appelé *decoctor*, terme qui, au reste, n'a rien de juridique. Varron, *de re rustica*, III, 2, 16. — Cic., *in Catilinam*, II, 3; *Philipp.*, II, 18. — Sénèque, *epist.* 36. — Spartien, *Hadrien*, 18.

[43] Faut-il dire *jusqu'à la vente* ou bien *jusqu'à la proscriptio?* La Tabula Heracl., *lin.* 41-43; Cic., *pro Quinctio*, 2. 8. 9. 15; *Philipp.* II, 18 (Cf. Spartien, *Hadrien*, 18); Gaius, IV, 102, et Tertullien, *Apologet.*, c. 4, admettent les effets infamants dès que *bona possessa proscripta sunt.* Par contre, Gaius, II, 154 et Al. Sévère, L. 11, C., *ex quib. caus. infamia* 2, 12, supposent la vente accomplie. Peut-être le débiteur pouvait-il annihiler les effets de la *proscriptio*, en satisfaisant le créancier avant la vente effectuée. Ci-après, note 55, et ci-dessus, note 39.

[44] C'est donc improprement que Cic., *pro Quinctio*, 8 et *passim*, fait du procès de son client une *causa capitis*, exagération qui se rencontre au reste encore ailleurs.

[45] Tabula Heracl., *lin.* 41-43. — Tertullien, *Apologet.*, c. 4. — Gaius, II, 154. — § I., *quibus*

l'opération se faisant sans le concours du maître des biens, une autorisation du magistrat était nécessaire pour y procéder. Quand le cas se présentait, les créanciers, ou l'un d'eux [46], demandaient au préteur l'envoi en possession des biens du débiteur. Pour obtenir cette mesure, il suffisait d'une justification sommaire [47], mais aussi l'envoi qui s'ensuivait constituait une simple mesure conservatoire, *rei servandæ causa*, ne donnant que la détention avec *custodia* et gage prétorien [48]. Quand cet état de choses avait duré trente jours [49], pendant lesquels la saisie devait être rendue publique par des affiches (*proscriptiones*, *libelli*) [50], les créanciers pouvaient se faire attribuer la possession *venditionis causa* par un décret qui n'était rendu qu'après un examen soigneux des faits, *causa cognita* [51]. Ensuite de cette attribution, ils choisissaient un syndic, *magister*, à l'effet de vendre les biens conformément au cahier des charges (*lex bonorum vendendorum* [52]), qui était arrêté d'un commun accord par les créanciers

ex causis manumittere non licet 1, 6. — L. 11, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12. — En outre le *decoctor cuiusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt*, étant *personæ suspectæ*, n'étaient pas admis à se défendre dans un procès quelconque, à moins de *satisdatio*. Gaius, IV, 102, et ci-dessus, t. I, § 70, note 25. Cf. Cic., *pro Quinctio*, 8.

46 La *missio rei servandæ causa* pouvait, en effet, être obtenue par un seul créancier qui, dès lors, même sans avoir reçu aucun mandat, possédait pour tous jusqu'au second décret, pour lequel on exigeait le concours de plusieurs créanciers. Cic., *pro Quinctio*, 23. 27. — Fr. 12, pr. D., *de rebus auctoritate iudicis possid.* 42, 5. — Fr. 5, D., *de curatore bonis dando* 42, 7. Cf. Fr. 5, § 2, D., *ut in possessionem* 36, 4. « ... Non sibi, sed omnibus possidet. »

47 Sauf, naturellement, le droit du débiteur de demander la nullité de l'envoi et réparation de ce chef par tous les moyens convenables, y compris l'*actio iniuriarum*. Cic., *pro Quinctio* 6. 8. 19. 25; *in Verrem* II, 2, 25. — Gaius, III, 220. — Fr. 7, § 3, D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4. — Fr. 12, pr. Fr. 30, D., *h. t.* — Fr. 1, § 4. Fr. 15, § 31, D., *de iniuriis* 47, 10. — Même le créancier conditionnel obtient la *missio rei servandæ causa*, mais il ne peut y avoir lieu à vendre tant que la créance n'est pas venue à naître. Fr. 6, pr. Fr. 7, § 14. Fr. 14, § 2, D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4. — Fr. 4, pr. D., *de separationibus* 42, 6. — Cf. ci-dessus, § 205, note 24, c.

48 Cic., *pro Quinctio* 26. 27. — Fr. 15, § 20, D., *de damno infecto* 39, 2, combiné avec Fr. 12, D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4, et Fr. 5, pr. D., *ut in poss. legatorum* 36, 4. — Fr. 3, § 23, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 15, D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4. — Cf. t. I, § 155, notes 45 sqq.

49 Trente jours, quand il s'agissait des biens d'un vivant et quinze jours, quand il s'agissait d'un défunt « quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur. » Gaius, III, 79. — Sur l'envoi en possession des biens d'un débiteur défunt, *voy.* Gaius, III, 78. 79; II, 154. 158. — § 2, I., *de eo cui libertatis causa bona addicuntur* 3, 11. — Fr. 28. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42. 5. — Fr. 1, § 1, D., *de iure fisci* 49, 14.

50 Cic., *pro Quinctio*, 6. 15. 19. 20. — Lex (rubria) de Gallia cisalpina, c. 22. — Sénèque, *de beneficiis* IV, 12. — Gaius, III, 79. 220. — La formule suivante se trouve chez Théophile *l. l.* « Fiebatque in partibus urbis illustribus (Cic., *pro Quinctio*, 15, dit : « in celeberrimis locis) proscriptio, προγραφή, hæc significans : *Ille debitor noster in causam venumdationis incidit : nos creditores patrimonium huius distrahimus. Emtor qui volet adesto.* »

51 Fr. 3, pr. Fr. 7, § 2. 6 sqq. D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4. Cf. Fr. 3, § 8, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 21, § 2. 3, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 22, D., *eodem.* « Non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici eius interrogati fuerint, *an defendant.* »

52 Lex (thoria) agraria, c. 29. — Cic., *pro Quinctio*, 15; *ad Atticum* VI, 1, 12. — Gaius, III, 79. — Théophile *l. l.* — Régulièrement c'étaient les créanciers qui nommaient le *magister* en le

et devait être porté à la connaissance du public par des affiches [53]. Si alors, dans un nouveau délai de trente jours [54], les créanciers n'avaient point été désintéressés [55], il pouvait être procédé à la vente publique des biens [56]. Les enchères se faisaient non pas à prix, mais à tant pour cent, l'acquéreur s'engageant à payer aux créanciers tel tantième de leurs créances respectives [57], et la possession des biens était finalement adjugée à celui dont les enchères offraient les meilleures conditions pour les créanciers [58].

La *possessio bonorum*, qui était ainsi conférée au *bonorum emtor*, le faisait succéder dans le patrimoine entier du débiteur qui dès lors se trouvait naturellement libéré de toutes ses dettes, sa personne ayant été éteinte ou plutôt remplacée et continuée par l'acheteur [59]. Mais cette acquisition *per universitatem*, s'opérant en dehors du *ius civile*, n'avait point pour effet de transférer *ipso iure* les droits du failli à l'acheteur; elle ne faisait que lui en assurer l'exercice sous la protection du préteur, *tuitione prætoris*. Ainsi, il avait un interdit *adipiscendæ possessionis* pour se saisir

choisissant parmi eux; mais quand il y avait lieu de suspendre la vente pendant un certain temps ou que d'autres raisons quelconques rendaient la chose désirable, l'administration pouvait être confiée à un *curator*, créancier ou étranger, qu'il ne faut pas confondre avec le *curator bonis distrahendis* dont il sera parlé au paragraphe suivant. Fr. 6, § 2. Fr. 8, pr. D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4. – Fr. 14, pr. Fr. 15, D., *de rebus auctor. iudicis possidendis* 42, 5. – Fr. 1, § 2. Fr. 2. 3, D., *de curatore bonis dando* 42, 7.

53 Théophile, *l. l.* « Postea paucis diebus elapsis, tertia quoque aditio fiebat (τρίτη προσέλευσις) in qua permittebatur illis LEGEM BONORUM VENDENDORUM facere, namque porro dictæ proscriptioni (προγραφῇ) hæc addebant : *Emtor creditoribus* (exempli gratia) *in dimidiam debitarum partem respondere debet : ita ut cui debeantur C, accipiat solidos L, et cui debeantur CC, accipiat C.* »

54 *Trente* jours, quand il s'agissait des biens d'un vivant et *quinze*, quand il s'agissait des biens d'un défunt. Gaius, III, 79. — Les deux délais de trente jours (*voy.* note 49) répondent exactement aux soixante jours fixés par la loi des Douze Tables pour la vente de la personne de l'*addictus*. *Voy.* ci dessus, notes 17 et 19.

55 Fr. 33, § 1, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. Cf. ci-dessus, note 39.

56 Cic., *pro Quinctio*, 15. « ... Præconis vox prædicat et pretium conficit. »

57 Théophile, *l. l.*, ci-dessus, note 53. — Cic., *pro Rabirio Postumo*, 17. – Asconius *ad Milon.* « Bona eius (Milonis) propter æris alieni magnitudinem semuncia ($^1/_{24}$ = 4 $^1/_6$ %) venierunt. »

58 Gaius, III, 79. – Théophile, *l. l.* — Les contestations qui pouvaient s'élever à cette occasion étaient naturellement décidées par le préteur. Cic., *in Verrem*, II, 1. 4. 52. 54. D'après le Fr. 16, D., *de rebus ex auctoritate iudicis possidendis* 42, 5, les créanciers et les cognats devaient être préférés aux étrangers. Cf. Fr. 60, D., *de pactis* 2.

59 Cet anéantissement de la personne du débiteur en état de déconfiture est complet à l'égard du passé : le débiteur ne peut agir ni être poursuivi *ex ante gesto*. Mais la *bonorum venditio* n'agit point dans l'avenir, sauf les incapacités relatives dont le *decoctor* se trouve frappé d'après ce que nous avons dit ci-dessus, notes 43-45. Exceptionnellement cependant on admettait contre lui des actions même *ex ante gesto*, quand il s'était rendu coupable d'un acte de mauvaise foi. Fr. 40, D., *de operis libertorum* 38, 1. – Fr. 4, D., *de curatore bonis dando* 42, 7. – Fr. 25, § 7, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. « Hæc actio (Pauliana) etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat... quia *nulla actio in eum ex ante gesto* post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset, actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vero quædam disper-

des choses corporelles [60] ; après la prise de possession, il jouissait des interdits possessoires, et pouvait, par l'usucapion, changer son pouvoir en propriété quiritaire [61]. Quant aux autres droits, il les exerçait au moyen d'actions utiles [62]. A cet effet, on employait, quand il s'agissait des biens d'un vivant, les mêmes moyens que dans la cession des actions, en rédigeant l'*intentio* au nom du failli, et la *condemnatio* au profit de l'acheteur, *actio Rutiliana;* quand il s'agissait des biens d'un défunt, on donnait les actions comprises dans le patrimoine à l'acheteur, comme s'il était héritier, *ficto se herede,* conformément à un édit du préteur Servius, d'où le nom *actio Serviana* [63]. Dans ces hypothèses, le *bonorum emtor* était obligé, au cas que la demande fût dirigée contre un défendeur qui était en même temps créancier, d'agir *cum deductione,* c'est-à-dire, en opérant spontanément la compensation des deux créances opposées [64].— De cette manière, le préteur établissait, par voie détournée, une *successio per universitatem* aussi efficace que si elle avait eu lieu par un mode du *ius civile* [65].

Tels étaient les droits du *bonorum emtor;* ses obligations étaient déterminées par le cahier des charges, *lex bonorum vendendorum*, et consistaient régulièrement à payer les créanciers en proportion des tantièmes offerts [66].

§ 300. *Droit nouveau.* — Actio Pauliana.

La procédure que nous venons de décrire avait l'avantage de donner une liquidation très-facile et d'éviter tout conflit entre les créanciers. Mais, dans la pratique, elle faisait naître, par suite du caractère incertain

didisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur : et Prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, *quam pœnam.* » Cf. Gaius, I, 155.

60 « Interdictum, quod quidam *possessorium* vocant. » Gaius, IV, 145.

61 Gaius, III, 80.

62 Gaius, III, 81.

63 Gaius, IV, 35, après avoir parlé du *bonorum possessor* à titre héréditaire et des moyens de droit qui lui sont accordés par le préteur, continue en ces termes : « Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit. Sed interdum et alio modo agere solet : nam, ex persona eius cuius bona emerit sumta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur : quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a prætore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emtor agit, Serviana vocatur. » *Voy.*, sur la fiction, employée dans l'action Rutilienne, ci-dessus, § 187, notes 5. 14. 19, et sur celle qui sert de base à l'action Servienne, ci-apres, t. III, § 359 *in fine.*

64 Gaius, IV, 65-68. Cf. Fr. 15. D., *ratam rem haberi* 46, 8. — *Voy.* ci-dessus, § 291, note 4.

65 Le procédé que le préteur suivait dans cette matière est en tout conforme à celui qu'il employait dans la *bonorum possessio* à titre héréditaire, comme nous verrons ci-après, en traitant des *Successions à cause de mort*, t. III, § 359.

66 *Voy.* ci-dessus, note 57.

et chanceux des obligations du *bonorum emtor*, beaucoup de difficultés qui devaient empêcher les biens d'atteindre leur prix réel. Elle avait de plus l'inconvénient d'infliger au débiteur le stigmate de l'infamie.

C'est pour ce dernier motif qu'un sénatus-consulte, mentionné déjà par Nératius, statua que, dans le cas où le débiteur était une *persona clara*, le préteur eût à nommer un curateur, à l'effet de vendre en détail les biens du débiteur jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour satisfaire les créanciers [1]. Le moyen trouvé, les motifs que nous avons exposés en premier lieu le firent appliquer à d'autres cas, et, après avoir été longtemps [2] employé concurremment avec l'ancienne *bonorum venditio* [3], il finit par demeurer seul en usage dans le droit de Justinien [4] comme moyen d'exécution dans le patrimoine d'un débiteur insolvable [5].

† La nouvelle procédure exigeait, comme l'ancienne, un envoi en possession des biens qui était, en général, soumis aux règles connues [6]; mais elle en différait essentiellement en ce qu'elle ne donnait pas lieu à une *successio per universitatem*. Le *curator distrahendorum bonorum* vendait les biens en détail [7], les acheteurs les acquéraient à titre particulier, la *persona* du débiteur n'était ni éteinte ni remplacée. Il s'ensuivait, entre autres, que ce dernier ne se trouvait point, comme dans l'ancienne *bonorum venditio*, libéré de l'intégralité de ses dettes, mais seulement jusqu'à concurrence des sommes provenant de la vente. Cependant, quand il avait fait volontairement cession des biens, il ne pouvait être pour-

[1] Fr. 5, D., *de curatoribus furioso et aliis dandis* 27, 10. « ..... Ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solveretur. » — Fr. 9, D., *eodem*.

[2] Au moins jusqu'à Dioclétien. Arg. L. 4, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71.—L. 6. 9, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7, 72.

[3] Fr. 9, D., *de curat. fur.* 27, 10. « Cuius bonis *distrahendis curatores* facere senatus permisit, eius *bona creditores vendere* non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent : sicut enim integra re potestas ipsorum est, utrum velint eligendi, ita, cum alterum eligerint, altero abstinere debent..... »

[4] Pr. I., *de successionibus sublatis* 3, 12, et Théophile, *ad h. l.*

[5] Les moyens d'exécution, appartenant à d'autres ordres d'idées, restent subsister, telles que l'*addictio* (§ 299, note 26) et la saisie de gages, *pignoris capio*, qui fut même développée et généralisée. *Voy.* t. I, § 69, note 9, et § 157, B. — Le droit nouveau connaît, en outre, quand il s'agit de la restitution d'un corps certain, la prise de possession en nature, au moyen de la force publique, *manu militari*. Tome I, § 69, note 11 ; § 117, note 27 ; § 119, note 8.

† Titt. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5 ; *de curatore bonis dando* 42, 7. — Tit. C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum* 7, 72. — Sur les *separationes bonorum*, mentionnées dans le titre du Code cité et dont s'occupe également un titre du Digeste, *de separationibus* 42, 6, *voy.* ci-après, la note 9.

[6] *Voy.* § 299, notes 43 et suivantes.

[7] C'est ce qu'exprime le mot *distrahere*, en opposition à la vente en masse, *bona vendere*. *Voy.* le Fr. 9, D., *de curatore furioso* 27, 10, transcrit à la note 3. — Signalons ici les dispositions particulières du droit romain qui accordent aux créanciers et aux cognats du débiteur un droit de préférence sur les autres enchérisseurs. Fr. 16, D., *h. t.* « .... magis tamen creditor, quam cognatus. » — Cf. ci-dessus, § 249, note 9 et § 299, note 58.

suivi pour le restant de ses dettes, que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere potest* [8].

Le produit de la vente des objets compris dans la masse se distribuait entre les créanciers [9]; l'excédant, s'il y en avait, revenait naturellement au débiteur [10]. Il va sans dire que la masse ne comprenait pas les choses qui n'appartenaient point au débiteur ou ne se trouvaient qu'accidentellement entre ses mains, par exemple à titre de location, de commodat, de dépôt, de gage ou pour toute autre cause [11]. La vente ne pouvait pas davantage préjudicier aux *iura in re* dont les biens vendus étaient grevés : spécialement, en ce qui concerne les hypothèques, si parmi les créanciers vendeurs il s'en trouvait qui eussent un droit d'hypothèque sur des choses faisant partie de la masse, le prix provenant de la vente de ces choses servait avant tout à les payer suivant le rang qu'ils occupaient [12]; que, si la vente se faisait sans le concours des créanciers hypothécaires, ceux-ci conservaient naturellement leur droit réel, en quelques mains que fussent passés les biens qui leur étaient hypothéqués [13]. — En

[8] § 40, I., *de actionibus* 4, 6. — § 4, I., *de replicat.* 4, 14. — Fr. 6, D., *de cessione bonorum* 42, 3. — L. 1, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. — L. 3, C., *de rebus auct. iud. possid.* 7, 72. — *Voy.* ci-dessus, § 170, notes 10 et suivantes.

[9] Il importe de faire observer que, dans certains cas, on sépare le patrimoine en deux ou plusieurs masses, ayant chacune des biens et des créanciers distincts. Le droit de demander pareille séparation des patrimoines peut être exercé : *A*) par les créanciers agissant par l'*actio tributoria*, qui peuvent exiger que le fonds de commerce, exploité par le fils de famille ou l'esclave, soit séparé des autres biens compris dans le pécule, et même que les divers établissements commerciaux dirigés par le fils ou l'esclave soient liquidés séparément. *Voy.* ci-dessus, § 223, n° 5, et Fr. 5, § 15. 16, D., *de tributoria actione* 14, 1. — *B*) Par le fils de famille par rapport à son pécule profectice, ci-après, t. III, § 331, note 9. — *C*) Quand il s'agit de la masse d'un débiteur décédé : 1° par les créanciers, les légataires et les fidéicommissaires du défunt et, pour des motifs graves, par les créanciers de l'héritier (t. III, § 403); 2° par l'esclave institué héritier qui, par suite de cette institution, est forcé d'accepter la succession, *necessarius heres* (t. III, § 396, note 6). — Cette matière est traitée au tit. D., *de separationibus* 42, 6, et dans la L. 1. 2. 7, C., *h. t.*

[10] Fr. 6, pr. D., *h. t.* 42, 5. — Fr. 45, § 12, D., *de iure fisci* 49, 14. — L. 10, C., *h. t.* 7, 72. Cependant cette dernière loi prescrit, pour le cas où il existerait d'autres créanciers qui n'ont pas participé à la distribution, de déposer l'excédant *in cimeliarcho sanctæ Ecclesiæ illius civitatis, in qua huiusmodi contractus celebrantur.*

[11] Ces choses, parmi lesquelles il faut également comprendre celles qui ont été livrées au débiteur en vertu d'un contrat de vente, sans qu'il ait payé le prix, peuvent naturellement être revendiquées par les propriétaires, § 41, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 39. 53, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 11, § 2, D., *emti* 19, 1. — Fr. 42, § 2, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. — L. 3, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. — L. 1, C., *de privilegio fisci* 7, 73. — Il est certain, en outre, que celui qui a loué, prêté, déposé ou engagé sa chose n'est pas réduit à la seule revendication : il peut aussi réclamer la restitution au moyen des *actiones locati, commodati, depositi, pignoraticia, ad exhibendum, condictio furtiva, etc.*, qui lui compètent en vertu ou ensuite du contrat, alors même qu'il ne serait pas propriétaire.

[12] *Voy.* t. I, §§ 161-165.

[13] C'est une conséquence rigoureuse de la nature du droit d'hypothèque consacrée surabondamment par les L. 6, C., *h. t.*, 7, 72. — L. 9, C., *qui potiores* 8, 18. — L. 12, C., *de distract. pignorum* 8, 28, et à laquelle il n'est d'ailleurs dérogé par aucune loi spéciale.

outre, des constitutions impériales avaient créé des droits de préférence, *privilegia exigendi* [14], déterminés soit par la nature de la créance, soit par considération de la personne du créancier [15]. De pareils priviléges compètent au fisc pour toutes les créances qui ne proviennent pas d'un délit [16]; au prince et à son épouse ainsi qu'aux villes, pour toutes leurs créances [17]; à la femme et à la fiancée, pour la restitution de ce qu'elles ont donné à titre de dot [18]; aux pupilles, aux mineurs et aux autres personnes soumises à curatelle à l'égard de leurs tuteurs, protuteurs et curateurs [19]. Des *privilegia causæ* sont attachés aux frais funéraires [20]; aux frais faits pour la reconstruction d'une maison et pour l'achat, la réparation ou l'armement d'un navire [21]; ainsi qu'aux créances provenant

[14] Ce nom se rencontre aux Fr. 26, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 1, D., *de cessione bonorum* 42, 3. – Fr. 24, § 1, D., *h. t.*, 42, 5. Dans le Fr. 74, D., *de iure dotium* 23, 3, ce privilége est, sous le nom de *privilegium quod inter personales actiones vertitur*, opposé aux *hypothèques* privilégiées. Cf. L. 9, C., *qui potiores in pignore* 8, 18. — Parmi les créances qui jouissent du *privilegium exigendi*, il en est plusieurs qui ont été par la suite munies d'une hypothèque légale ou privilégiée, notamment celles mentionnées ci-dessous, aux notes 15. 17. 18. 20. Quand cette hypothèque est *générale*, il est évident qu'elle absorbe le *privilegium exigendi* et le rend de fait inefficace (ci-dessus, notes 11 et 12); mais le privilége sera toujours utile au créancier dont l'hypothèque ne frappe que des choses déterminées. — Il importe encore de remarquer que le créancier, dont l'argent a servi à payer un créancier privilégié (soit qu'il ait payé lui-même, soit qu'il ait prêté au débiteur l'argent qui a servi au payement), se trouve de plein droit subrogé au privilége du créancier désintéressé. Fr. 2, D., *de cessione bonorum* 42, 3. – Fr. 24, § 3, D., *h. t.* 42, 5. Cf. tome I, § 163, n° 1, et § 164.

[15] Nous suivons dans notre énumération la division en *privilegia personæ* et *privilegia causæ*, parce qu'elle est généralement usitée et qu'elle se trouve mentionnée dans nos sources. Elle est cependant sans importance réelle et manque même de précision. *Voy.* ci-dessus, § 189, notes 14 et suivantes.

[16] Paul, V, 12, 10. – Fr. 10, pr. D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 6, pr. § 1, D., *de iure fisci* 49, 14. — Quant aux amendes et autres créances ayant un caractère pénal, le fisc ne jouit d'aucun privilége. Fr. 17. 37, D., *de iure fisci* 49, 14. – L. un. C., *pœnis fiscalibus creditores præferri* 10, 7.

[17] *A*) Fr. 6, § 1, D., *de iure fisci* 49, 14. — *B*) Fr. 38, § 1, D., *h. t.* – Fr. 10, D., *ad municipalem* 50, 1.

[18] Fr. 74, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 22, § 13, D., *soluto matrimonio* 24, 3. – Fr. 17, § 1. Fr. 18. 19, pr. D., *h. t.* 42, 5. — Ce privilége est inhérent à l'individualité de la femme ou de la fiancée et ne passe point aux héritiers. L. un. C., *de privilegio dotis* 7, 74. *Voy.* aussi la fin de la note suivante.

[19] Fr. 42. 44, § 1, D., *de administratione et periculo tutorum* 26, 7. – Fr. 19, § 1. Fr. 20-23, D., *h. t.* 42, 5. — Ce privilége est inhérent à l'individualité du privilégié et ne passe point aux héritiers. Fr. 19, § 1, D., *h. t.* – Fr. 42, D., *de administr. tutorum* 26, 7. *Quid* du cessionnaire? Fr. 42, D., *cité*, et ci-dessus, § 189, note 18.

[20] Ces frais priment toutes les autres créances. Paul, I, 21, 10. V, 12, 10. – Fr. 14, § 1. Fr. 45. 46, § 2, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 17, pr. D., *h. t.* 42, 5. — Des commentateurs ont, sans motif légal, étendu ce privilége aux frais de dernière maladie en invoquant les L. 4, C., *de petitione hereditatis* 3, 31, et L. 3, C., *de religiosis* 3, 44.

[21] Fr. 25, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 24, § 1. Fr. 26, 34, D., *h. t.* 42, 5. — L'associé et le communiste qui ont fait des dépenses pour la réparation ou conservation d'un bâtiment commun jouissent du même privilége. Fr. 52, § 10, D., *pro socio* 17, 2. *Voy.* aussi ci-dessus, tome I, § 116, x.

d'un dépôt d'argent fait chez un banquier ou un changeur [22]. Après le prélèvement des créances privilégiées [23], le reste se partage, au marc le franc, entre les autres créanciers qu'on a l'habitude d'appeler *chirographaires* [24].

† C'est ici l'endroit de parler des actes que le débiteur fait en fraude des droits de ses créanciers [25]. Ces actes peuvent être rescindés sur la demande de ces derniers. Pour qu'il y ait lieu à rescision la loi exige la réunion des conditions suivantes : 1° Il faut que l'acte ait causé une diminution du patrimoine, soit que le débiteur ait aliéné un droit qui se trouve dans son patrimoine [26], soit qu'il ait créé une obligation à sa

[22] Les lois qui parlent de ce cas sont assez difficiles à concilier. Voici l'interprétation la plus plausible, à notre avis, des diverses décisions renfermées dans le Digeste : Celui qui a confié des fonds à un banquier ou changeur, *argentarius* ou *mensularius*, sans en recevoir d'intérêt, est préférable aux créanciers non privilégiés, mais son privilége vient après tous les autres. Fr. 24, § 2, D., *h. t.*, 42, 5, et Fr. 8, D., *depositi* 16, 3. Celui qui a confié ses fonds contre intérêt ne jouit d'aucun privilége. Fr. 42, § 2, D., *h. t.*, et Fr. 7, § 2, *verbis* Non quas fenore D., *depositi* 16, 3. — Il va sans dire que, dans le cas où l'objet du dépôt est une *species*, par exemple un *sac* d'argent ou une somme renfermée dans une caisse ou un compartiment séparé, le déposant reste propriétaire et peut revendiquer. Fr. 24, § 2, D., *h. t.* Mais il peut se faire que des fonds appartenant à plusieurs dépositaires se trouvent confondus ensemble, tout en demeurant séparés des autres fonds du failli. Dans ce cas, ces dépositaires prendront les fonds qui leur appartiennent, et seront ainsi préférés à tous les autres créanciers même privilégiés (Fr. 7, § 2, D., *depositi* 16, 3. « ... Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur »); sauf à venir après ces derniers pour les sommes qui leur resteraient dues après le prélèvement opéré. Fr. 8, D , *depositi* 16, 3, et Fr. 24, § 2, D., *h. t.*

[23] Dans quel ordre les *privilegia exigendi* s'exercent-ils ? Sans entrer dans les détails de la question qui n'offre aucun intérêt théorique, nous nous bornerons à indiquer l'ordre qui paraît le plus probable : d'abord les frais funéraires; ensuite le fisc et les villes ; puis la femme et la fiancée; enfin les autres privilégiés (parmi lesquels cependant le dernier rang est assigné à ceux qui ont confié leurs fonds à un banquier ou changeur) qui viennent ensemble, sans que l'on tienne compte de l'ancienneté de la dette, laquelle, en général, est sans importance en matière de *privilegia exigendi*. Fr. 32, D., *h. t.* « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa : et si eiusdem tituli fuerunt, concurrent licet diversitates temporis in his fuerint. »

[24] L. 6, C., *h. t.* 7, 72. — Le terme *créanciers chirographaires* vient de *chirographum*, reconnaissance par écrit, mais il n'en comprend pas moins ceux qui ne sont pas munis d'un titre écrit. Il est employé par antithèse, soit aux créanciers hypothécaires (Paul, V, 26, 4. — L. un. C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* 8, 17), soit aux créanciers privilégiés en général (Fr. 38, § 4, D., *h. t.*), soit même à tout créancier dont le droit présente quelque chose de particulier. L. 7, C., *de novationibus* 8, 42.

† § 3, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile, *ad h. l.* — Tit. D., *de his quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* 42, 8. — Tit. C., *de revocandis his quæ in fraudem creditorum alienata sunt* 7, 75.

[25] Fr. 1, § 2, D., *h. t.* « Ait ergo Prætor : QUÆ FRAUDATIONIS CAUSA GESTA ERUNT. Hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam alienationem, vel quemcunque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit : nam LATE ista verba patent... »

[26] Le mot *alienare* doit être pris dans le sens le plus étendu (tome I, § 35, note 10). Il comprend non-seulement l'aliénation et le transfert d'un droit de propriété, mais encore la constitution d'un *ius in re*, et spécialement d'une hypothèque, ainsi que la renonciation à un droit quelconque, soit réel, soit d'obligation, telle que remise d'un gage, d'une créance, alors même que

charge [27]. Cependant le simple fait de n'avoir pas recueilli un gain qu'il était possible de faire ne donne pas lieu à rescision [28]. 2° Il faut que cette diminution du patrimoine ait été opérée *in fraudem creditorum*, c'est-à-dire, qu'elle ait été faite dans une intention frauduleuse et qu'elle ait eu pour effet de léser les créanciers au moment où elle a eu lieu [29]. Ces deux points doivent être prouvés [30]; la preuve de l'intention résultera le plus souvent des circonstances et de la connaissance que le débiteur avait de son état obéré [31]. Cependant, on ne considère pas comme frauduleux en soi le payement d'une créance exigible fait avant la *missio in bona* [32], alors même qu'il aurait eu pour effet de diminuer le patrimoine au préjudice des autres créanciers, et que celui qui l'a reçu aurait eu connaissance de l'état du débiteur [33]. — Il va sans dire que les créanciers ne peuvent attaquer ce qui a été fait avec leur consentement, et qu'ils n'ont pas besoin de rescinder les actes que le débiteur a faits après avoir été dessaisi de ses biens, ces actes étant nuls de plein droit [34].

la renonciation se ferait sans acte positif et par simple omission, par exemple en laissant usucaper une chose, en laissant éteindre une servitude ou une créance par non-usage ou par la *præscriptio temporalis*, en négligeant d'opposer la prescription, etc. *Voy.* Fr. 1, § 2, D., *h. t.* « .....Nam late ista verba patent. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit. » Fr. 2. 3. 4. 5. Fr. 10, § 13. Fr. 17, pr. Fr. 18, D., *h. t.* — La loi *Ælia Sentia* permet aux créanciers de faire rescinder les affranchissements d'esclaves, faits en fraude de leurs droits. Tit. I., *qui et quibus ex causis manumittere non possunt* 1, 6, et ci-après, t. III, § 336.

[27] Fr. 3, pr. D., *h. t.* 42, 8. « Sive se obligavit. » — Fr. 9, § 5, D., *de iureiurando* 12, 2.

[28] Fr. 6, pr. § 1-4. D., *h. t.* — Fr. 134, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. Fr. 5, § 13, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24. 1, ci-dessus. § 254, note 3, ci-après, t. III, § 317, note 4.

[29] Fr. 1, pr. § 2. Fr. 10, pr. § 6. 7. 8. Fr. 15, D., *h. t.* — Fr. 79, D., *de regulis iuris* 50, 17. « *Fraudis* interpretatio semper in iure civili non ex *eventu* duntaxat, sed ex *consilio* quoque desideratur. »

[30] Fr. 79, D., *de regulis iuris* 50, 17, à la note précédente. — Fr. 15, D., *h. t.* — Il suffit, au reste, qu'un SEUL créancier ait été lésé. Fr. 10, § 6. 7. 8, D., *eodem.*

[31] Fr. 17, § 1, D., *h. t.* « ..... Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse; tamen, qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse..... »

[32] Fr. 129, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 6, § 6. 7. Fr. 10, § 16, D., *h. t.* à la note suivante.—C'est par une fausse application des Fr. 44, D., *de adq. hered.* 29, 2, et Fr. 6, § 1, D., *de rebus auct. iud.* 42, 5, que quelques auteurs soutiennent que le payement d'une créance non exigible, fût-il fait de bonne foi, serait rescindable *en entier;* le payement peut être attaqué, mais tout ce que les créanciers ont le droit d'exiger, c'est que celui qui l'a reçu leur restitue l'*interusurium*, le *commodum temporis* ou *repræsentationis*. Fr. 10, § 12. Fr. 17, § 2, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 185, note 8.

[33] Fr. 129, D., *de regulis iuris* 50, 17.—Fr. 6, § 6. 7, D., *h. t.* « 6. Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est, eum qui quod sibi debetur receperat ; eum enim, quem Præses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse... 7. Sciendum... qui debitam pecuniam recipit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum : *sibi enim vigilavit*... » — L. 15, C., *de rei vindicatione* 3, 32. — L. 6, C., *de hereditate vendita* 4, 39. — Cf. Fr. 24, D., *h. t.* « ... *Vigilavi*, meliorem condicionem feci. *Ius civile vigilantibus scriptum est* : ideo quoque non revocatur id, quod percepi. » — *Voy.* aussi Fr. 10, § 16, D., *eodem.*

[34] *A*) Fr. 6, § 9, D., *h. t.* — *B*) Fr. 6, § 7, D., *h. t.* « Qui vero post bona possessa debitum

A l'effet de poursuivre la rescision des actes faits en fraude des droits des créanciers, l'édit a créé deux actions qui figurent dans nos sources sous les noms de *Pauliana actio* et *interdictum fraudatorium* [35]. Il est plus que probable que la création de ces deux moyens de droit est due à des causes et à des besoins différents [36]; mais il ne nous est guère possible d'établir une séparation précise entre les diverses décisions qui ont été recueillies dans les deux titres du Digeste et du Code consacrés à notre matière [37] et dont nous allons donner une analyse succincte.

La faculté d'attaquer les actes susceptibles d'être rescindés appartient à tout créancier [38] dont le droit est antérieur à l'envoi en possession et dont les intérêts ont été lésés d'une manière quelconque par l'acte incriminé, ainsi qu'au *curator bonorum distrahendorum* [39]. — L'action peut être intentée contre celui qui, en connaissance de cause, a conclu l'acte incriminé avec le débiteur ou en a profité, et même contre celui qui a agi de bonne foi, lorsque l'acte était pour lui à titre lucratif [40]. Toutefois, ce dernier ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il

suum recipit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque ceteris creditoribus. » Cf. Fr. 6, § 7, D., *eodem.* « ..... qui debitam pecuniam recepit *antequam* bona debitoris presideantur... », à la note précédente.

[35] Il est singulier que ces deux noms ne se rencontrent point dans les deux titres du Digeste et du Code, spécialement consacrés à notre matière. Le terme *Pauliana actio* se trouve chez Paul, Fr. 38, § 4, D., *de usuris* 22, 1, et Théophile, *ad Inst.* IV, 6, 6. Les Fr. 67, § 1. 2, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1; Fr. 96, pr. D., *de solutionibus* 46, 3; L. 1, Th. C., *de integri restitutione* 2, 16, mentionnent l'*interdit fraudatoire.*

[36] Rudorff, dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, tome VIII (1868), pages 62 sqq. cherche à établir que l'interdit fraudatoire a été créé pour servir au *bonorum emtor* qui, comme successeur du *decoctor,* n'aurait pu se servir de l'action Paulienne. Si l'on adopte cette hypothèse, il faut admettre que le texte de l'édit, transcrit au Fr. 10, pr. D., *h. t.*, portait originairement : « ea (bona) illi » au lieu de « illis », comme lisent les Pandectes.

[37] Il est vrai que nous pouvons considérer comme à peu près certain : 1° que la formule de l'action Paulienne se trouve au Fr. 1, pr. D., *h. t.*, et celle de l'interdit fraudatoire au Fr 10, pr. D., *eodem;* 2° que les passages d'Ulpien, libro LXXIII *ad Edictum,* se rapportent à l'interdit. Mais il suffit de lire le tit. D., *quæ in fraudem creditorum,* pour se convaincre que les compilateurs du Digeste ont confondu les deux actions, comme cela se voit au reste encore au Fr. 38, § 4, D., *de usuris* 22, 1, où Paul applique à l'action Paulienne l'ordre : restituas, qui évidemment ne pouvait se trouver que dans la formule de l'interdit. Cf. Fr. 10, pr. D., *h. t.*

[38] Même au créancier conditionnel. Fr. 27, pr. D., *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* 40, 9. Cf. ci-dessus, § 299, note 47, et § 205, note 24.

[39] Fr. 1, pr. Fr. 10, pr. Fr. 25, D., *h. t.*, et ci-dessus, notes 29 et suivantes.

[40] *A*) Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Ait Prætor : » « Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit *rel.* » — Fr. 6, § 8. Fr. 9, D., *eodem.* — Fr. 10, pr. D., *eodem.* « Ait Prætor : Quæ L. Titius fraudandi causa, sciente in bonis q. d. a. fecit *rel.* » — Fr. 10, § 2. 4. 8, D., *eodem.* — *B*) Fr. 10, pr. in f. D., *eodem.* « ..... Interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam. » — Fr. 6, § 8. 10. 11. 13. Fr. 10, § 5. 12. Fr. 15, D., *eodem.* — L. 5, C., *h. t.* « ... Scientiæ mentione detracta... » — L'action Paulienne exige donc toujours dans le chef du défendeur une obligation fondée soit sur sa complicité, soit sur la défaveur légale dont est frappé celui qui s'enrichit indûment aux dépens d'autrui. Cependant la rédaction vicieuse du § 6, I., *de actionibus* 4, 6, et de la paraphrase de Théophile, *ad h. l.*, a

se trouve enrichi au moment de l'action intentée, *quatenus locupletior factus est, in id quod ad eum pervenit* [41]. Il faut en dire autant des héritiers de l'auteur de l'acte [42] et de l'auteur même qui de bonne foi a profité de l'acte fait par son mandataire agissant frauduleusement [43]. Enfin, en cas de besoin, l'action est également donnée contre le débiteur qui a fait l'aliénation [44], auquel cas elle n'est, à la vérité, utile que si le débiteur parvient à meilleure fortune. — L'action tend à obtenir la restitution des choses en l'état où elles se trouvaient avant la fraude faite [45]. — Elle se prescrit, en ce qui concerne la rescision entière de l'acte et les dommages et intérêts y correspondants, par le laps d'une année utile, mais elle peut être intentée pendant trente ans à l'effet d'obtenir ce dont le défendeur se trouve enrichi [46].

§ 301. *Des concordats et des sursis.*

L'ancienne *bonorum venditio,* comme nous l'avons vu ci-dessus, avait pour effet d'éteindre toutes les dettes du débiteur dont le patrimoine était vendu. Dans le système de la vente en détail, *distractio*, au contraire, les dettes ne se trouvent éteintes que jusqu'à concurrence des sommes distribuées aux créanciers, et ces derniers conservent le droit de poursui-

fait croire à quelques commentateurs que l'action Paulienne participait de la nature des *in rem actiones*. Pour réfuter cette erreur, il suffit d'examiner de près les conditions, la direction et le but de l'action. *Voy.* VINNIUS, *Comment. in Instit.* ad § 6, I., *de actionibus,* nos 2. 3.

[41] Fr. 6, § 11. 13, D., *h. t.* – L. 5, C., *eodem* 7, 75.

[42] Fr. 10, § 25. Fr. 11, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, t. I, § 56, note 5.

[43] Fr. 6, § 12. Fr. 10, § 5. Fr. 25, D., *h. t.*

[44] Fr. 25, § 7, D., *h. t.* « Hæc actio in ipsum fraudatorem datur; licet Mela non putabat in fraudatorem dandam, quia nulla actio in eum *ex ante gesto* post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent. Si vero quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur, et Prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, *quam pœnam.* » Cf. ci-dessus, § 299, note 59. – L. 6, C., *h. t.*

[45] C'est-à-dire restitution de la chose aliénée *cum fructibus perceptis et percipiendis,* sauf indemnité pour les impenses nécessaires; anéantissement des *iura in re* et des droits d'obligations créés en faveur du défendeur; rétablissement des droits auxquels le débiteur a renoncé, etc., et faute de ce faire, condamnation aux dommages et intérêts, conformément aux principes généraux (§§ 175. 176). Fr. 10, pr. § 19. 20. 22. Fr. 14. Fr. 25, § 4, D., *h. t.* – Fr. 38, § 4, D., *de usuris* 22, 1. — Le défendeur ne peut exiger la restitution de la valeur qu'il a donnée en échange de ses acquisitions qu'autant qu'elle se trouve encore *in bonis*. Fr. 7. 8, D., *h. t*

[46] Fr. 1, pr. Fr. 6, § 14. Fr. 10, pr. § 18, D., *h. t.* – L. 6, C., *eodem.* — ULPIEN, libro 66 ad Edictum, Fr. 6, § 14, D., *h. t.*, compte l'année utile *ex die factæ venditionis,* tandis que le même ULPIEN, libro 73 ad Edictum, Fr. 10, § 18, D., *eodem*, dit que « annus computabitur *ex die venditionis* BONORUM ». Faut-il dans le premier passage sous-entendre et suppléer BONORUM? ou plutôt entendre ce passage de l'action Paulienne et le second de l'interdit fraudatoire? Cf. PAUL, libro 62 ad Edictum, Fr. 144, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. « In stipulationibus id tempus spectamus, quo contractum est, » combiné avec ULPIEN, libro 66 ad Edictum, Fr. 6, § 9, D., *h. t.* « .... qui... aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit... »

vre le payement de ce qui reste dû, sauf au débiteur à se prévaloir du bénéfice de compétence, s'il y a lieu. Dans un cas particulier cependant, les créanciers peuvent être forcés à faire au débiteur remise d'une partie de ses dettes. Lorsqu'une personne appelée à une hérédité ne la veut accepter qu'à la condition que tous les créanciers renoncent à une partie aliquote de leurs créances, et que la majorité d'entre eux accepte cet arrangement, homologué par le magistrat, la minorité est tenue de s'y soumettre également. La majorité se détermine, non pas par le nombre des créanciers, mais par le chiffre des sommes dues [1]. Pareil concordat peut être opposé non-seulement aux chirographaires, mais encore aux créanciers qui jouissent d'un *privilegium exigendi* [2]; mais il ne porte aucun préjudice à l'exercice des droits d'hypothèque, et les créanciers qui n'ont pas personnellement adhéré à l'arrangement conservent leurs actions entières envers les cautions [3].

Si la remise forcée des créances n'a lieu, en droit romain, que dans le cas que nous venons d'indiquer, des constitutions impériales, dont la première remonte à Constantin, permettent au débiteur malheureux et de bonne foi de s'adresser à l'empereur, afin d'avoir un sursis [4]. Pour obtenir cette faveur, le débiteur doit établir que l'impossibilité de payer ses créanciers n'est que momentanée, et fournir garantie suffisante [5]. Le sursis ne doit pas, en règle générale, être accordé pour plus de cinq

[1] Fr. 7, § 17-19, D., *de pactis* 2, 14. « 17. Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, UT MINUS SOLVATUR : pactum valiturum est. 19. Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint : si vero dissentiant, tunc Prætoris partes necessariæ sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem. » — Fr. 8, D., *eodem* « *Maiorem esse partem* pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quod si æquales sunt in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum præferendus est : in numero autem pari creditorum, auctoritatem eius sequetur Prætor, qui dignitate inter eos præcellit. Sin autem omnia in unam æqualitatem concurrant, humanior sententia a prætore eligenda est : hoc enim ex Divi Marci rescripto colligi potest. » — Fr. 9-14, D., *eodem*. — Fr. 58, § 1, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 55, D., *de adquirenda hereditate* 29, 2. — Cf. ci-après, t. III, § 401, note 7.

[2] Fr. 10, pr. D., *de pactis* 2, 14. « Rescriptum autem Divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo, si quidam absentes sint? num exemplum præsentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus hæc pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio et contra absentes. Et repeto ante formam a Divo Marco datam Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Hæc enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent conservanda sunt. »

[3] Fr. 10, pr. D., *cité*. — Fr. 58, § 1, D., *mandati* 17, 1.

[4] D'après un fragment de PAUL. Fr. 45, § 10, D., *de iure fisci* 49, 14, le juge ordinaire avait pouvoir d'accorder aux débiteurs du fisc un délai de deux ou trois mois. Pour obtenir un terme plus long, il fallait s'adresser à l'empereur.

[5] L. 2. 3, C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. — L. 4, C., *eodem*. « Universa rescripta, quæ in debitorum causis super præstandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi *fideiussio idonea* super debiti solutione præbeatur. » — L. 8, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71, ci-après, note 7.

ans [6]. Il donne au débiteur, qui l'obtient, le droit de repousser toute poursuite de ses créanciers par une *præscriptio* ou *exceptio moratoria* [7].

Enfin, d'après une constitution de Justinien [8], si le débiteur offre de faire cession des biens et que la majorité en somme des créanciers, chirographaires et hypothécaires réunis, trouve plus avantageux de le laisser à la tête de ses affaires, la minorité est tenue de respecter le sursis que la majorité veut accorder au débiteur, pourvu que le terme n'en excède pas cinq ans [9]. Pendant la durée du sursis, le cours de la prescription est suspendu [10].

[6] De là les termes *quinquennale spatium, induciæ quinquennales, quinquennii dilatio.* L. 8, C., *citée.* Cf. § 10, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 3, D., *eodem* 44, 1.

[7] Ou bien *dilatoria exceptio. Vaticana fragm.* 119. — L. 3, Th. C., *de div. rescr.* 1, 2. — L. 2, C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. Les commentateurs ont tiré de cette loi le mot *moratorium* pour désigner ce que Justinien appelle *induciæ quinquennales.* Cf. la note précédente.

[8] L. 8, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. — Après l'invasion des Francs en Italie et en Sicile (555), Justinien publia encore une constitution, accordant pour les dettes, contractées antérieurement à cette invasion, un sursis de cinq ans et une remise de cinquante pour cent. Cette loi ne fait partie d'aucun recueil de novelles; mais un Appendice ajouté à un manuscrit de l'*Epitome* de Julien (t. I, n° 248), qui se trouve à la Bibliothèque de Vienne, en contient une analyse fort étendue, qui a été publiée par Biener, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. V, n° X.

[9] L. 8, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. « Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium, et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu remoto ; quotidie dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare inducias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sint. In tali itaque dubitatione nemini putamus esse ambiguum, quod sentimus, et quod humaniorem sententiam pro duriore eligimus. (Suivent des dispositions sur le mode de déterminer la majorité, à peu près identiques avec celles des Fr. 8. 10, pr. D., *de pactis*, ci-dessus, notes 1 et 2.) Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores, *quantum ad hanc electionem*, observanda ; in rebus autem officio iudicis partiendis, suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum præstabit regula : nullo præiudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem præscriptionem generando. »

[10] L. 8, C., *citée*, in fine.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

a39003 008391749b

DATE DUE

CAT. NO. 1137			